Vergleichende Darstellung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes mit dem Pfandrechte des bürgerlichen Rechts.

Ein Beitrag
zur Frage der rechtlichen Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albrecht Landwehr
Referendar in Bielefeld.

Approbiert am 11. Juni 1909.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

67

Referent: Univ.-Prof. Dr. Sehling

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Geschichtliche Entwicklung 1
§ 1. a) Einleitung 1
§ 2. b) Geschichtliche Entwicklung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts 4
§ 3. c) Übersicht über die Geschichte des Pfandrechts 9
II. Die Voraussetzungen hinsichtlich der
§ 4. a) Subjekte 10
§ 5. b) Objekte 13
1. Gegenstand.
2. Eigentum des Schuldners.
3. Besitz des Gläubigers.
§ 6. c) Forderungen 26
§ 7. III. Entstehung 32
IV. Inhalt und Ausübung.
§ 8. a) Allgemeines 33
§ 9. b) Rechte und Pflichten der beteiligten Personen 34
§ 10. c) Umfang der Haftung 38
1. In Ansehung der Sache.
2. In Ansehung der Forderung.
§ 11. d) Wirkung gegen Dritte und im Konkurse 40
§ 12. e) Befriedigungsverfahren 43
1. Arten der Befriedigung.
2. Das Verfahren.
3. Wirkungen.
§ 13. V. Die Erlöschungsgründe 49
§ 14. VI. Die rechtliche Natur 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0077

Literaturverzeichnis.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Bd. 3. 1864. 1) N. 21: Das Retentionsrecht nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs von Stadtgerichtsrat Wolff. 2) Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte, S. 89 ff.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig 1892.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. 1897.

Dernburg, Das Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Handelsgeschäfte. Bd. 2. 1901.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 4. Aufl. 1887.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gareis (Lehrbuch), Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin (Guttentag) 1909.

Gareis (Kommentar), Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 nebst dem Einführungsgesetze. Unter Ausschluß des Seerechts. 4. Aufl. München 1909.

Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts. 1895.

Gierke, Das deutsche Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1866 Bd. 9 S. 225 u. 425 ff.: Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht von Laband.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1. u. 2 Abt. 1868.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1875.

v. Hahn-Mugdan, Materialien zum Handelsgesetzbuch. 1897.

Hallbauer-Fuchs, Das deutsche Pfandrecht. Leipzig 1907.

Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Gesetzbuch. Münster.

Kretschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Lehmann-Ring, Kommentar zu den Nebengesetzen des Handelsgesetzbuchs. Bd. 2. 1901.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Lieferung. Leipzig 1906.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Teil 2. Buch 3. 13. Aufl. 1907.

Oertmann im Bankarchiv 6. Jahrg. Nr. 11.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht. 1906.

Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geschichtlich entwickelt. Leipzig 1906.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1893.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Buch 3. 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. München 1907.
Sohm, Institutionen. 1901.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2. 1883.
Sträuli, Das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Winterthur 1885.
Thoel, Handelsrecht. Bd. 1. 1879.
Die Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs von Lutz. 1858.
Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs.
Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts.

Dissertationen.

Belkin, Das Zurückbehaltungsrecht nach bürgerlichem Recht und nach Handelsrecht. Rostock 1903.
Brandt, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Vergleich mit dem Pfandrecht. Heidelberg 1907.
Caesar, Wodurch unterscheidet sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Straßburg 1904.
Frommhold, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des neuen Handelsgesetzbuchs. Leipzig 1903.
Graupner, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Leipzig 1903.
Haun, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Leipzig 1908.
Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht. Tübingen 1881.
Langfeld, Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Rostock 1886.
Marcour, Das Zurückbehaltungsrecht des Kaufmanns nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1908.
Mankel, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verglichen mit dem Pfandrecht und dem Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts. Heidelberg 1906.
Meyer, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Vergleich mit dem Pfandrecht. Leipzig 1908.
Müller, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch. Rostock 1901.
Neresheimer, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. München 1895.
Noack, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Bürgerlichen und nach dem Handelsgesetzbuch. Leipzig 1903.
Pick, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Königsberg 1903.
Reichardt, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Jena 1902.
Schulze, Das Verhältnis des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechts zu dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1904.
Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Leipzig 1904.
Schrömbgens, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht mit der Kompensationsbefugnis und dem Pfandrecht. 1899.

§ 1.

„Die Natur des Handelsverkehrs führt die Notwendigkeit umfassender Kreditgewährung mit sich. Der Kreditgeber, auf die persönliche, bei den häufigen und unberechenbaren Schwankungen in den Vermögensverhältnissen des kaufmännischen Schuldners unsichere Klage beschränkt, sucht sich, wo irgend volles Vertrauen fehlt, anderweitig zu sichern."

Daß diese von Goldschmidt[1]) in seinem Handbuche des Handelsrechts im Jahre 1868 ausgesprochenen Worte in unserer jetzigen Zeit in noch weit höherem Maße Berechtigung haben, beweist ein nur oberflächlicher Blick auf den stetig an Umfang zunehmenden Handelsverkehr der Jetztzeit. Die alten Formen, in denen der Kreditverkehr sich bewegt hatte, genügten den Ansprüchen des modernen Geschäftsbetriebes nicht mehr. Zu der Zeit, als der Handelsverkehr sich noch auf die engsten Kreise innerhalb eines Volkes erstreckte, konnte sich der Gläubiger über die Geschäftslage und Arbeitsfähigkeit des Schuldners fortgesetzt unterrichten. Er brauchte keine Besorgnis für den dem Schuldner gewährten Kredit zu haben; er setzte das Vertrauen in den Schuldner, daß dieser rechtzeitig seinen Verpflichtungen ihm gegenüber nachkommen würde (Personalkredit).

Nachdem aber der Handelsverkehr eine größere Ausdehnung gewonnen und einen internationalen Charakter angenommen hatte, da fiel bei den oft großen Entfernungen zwischen den Kontrahenten und dem Erfordernis einer prompten Abwicklung des Geschäftsverkehrs für den Gläubiger die Möglichkeit fort, sich fortlaufend über die Vermögensverhältnisse und die persönlichen Fähigkeiten des Schuldners als Geschäftsmann zu informieren. Der Gläubiger

[1]) S. 872.

mußte mit unvorhergesehenen und unberechenbaren Schwankungen im Vermögen des Schuldners rechnen; es konnte somit bei einer Kreditgewährung die Person des Schuldners ihm keine ausreichende Sicherheit mehr gewähren, er mußte Vermögenswerte des Schuldners zur Sicherung seiner Forderung in seine Verfügungsgewalt bekommen, so daß er sich im Falle der Nichtzahlung an diese halten konnte (Realkredit).

Von den in dieser Richtung der Kreditsicherung dienenden Rechtsinstituten kommen nun[1]) neben einigen diesen Zweck nur nebenbei verfolgenden — wie Kauf auf Wiederkauf, Hinterlegung, resolutiv bedingter Eigentumserwerb — als die wichtigsten die Kompensation, das Pfandrecht und das Zurückbehaltungsrecht in Betracht.

Während diese drei Institute den Anforderungen, die im bürgerlichen Rechtsleben an sie gestellt wurden, vollkommen gerecht wurden, erwiesen sie sich den Forderungen des Handelsverkehrs gegenüber, bei dem es vor allem auf eine schnelle und sichere Abwicklung des umfangreichen Geschäftsbetriebes ankam, als völlig unzureichend.

Zwar sind das Pfandrecht und die Kompensation in einem dem Handelsverkehr günstigen Sinne umgewandelt — es sei hier an das kaufmännische Pfandrecht und an die Kompensation erinnert, wie diese insbesondere bei dem Kontokorrentverkehr in Erscheinung tritt —, jedoch ist erst mit dem in den Art. 313—316 ADHGB. geregelten und mit wenigen Änderungen in das neue HGB. §§ 369 ff. aufgenommenen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte[2]) ein neues Rechtsinstitut ausschließlich für die Handelswelt geschaffen worden, das vollkommen den Anforderungen des Handelsverkehrs entspricht und dem Gläubiger für den gegebenen Kredit in ausreichendem Maße Sicherheit gewährt.

Dieses aus der Praxis hervorgegangene Rechtsinstitut hat von den den anderen Rechtsinstituten — der Kompensation, dem Pfandrecht und der Retention — zugrunde liegenden Gedanken

---

[1]) Goldschmidt S. 872.

[2]) Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht wird weiterhin abgekürzt k. Z. gebraucht werden.

diejenigen in sich vereinigt, die dem Zwecke des rein kaufmännischen Instituts, nämlich der schnellen und sicheren Abwicklung des Geschäftsverkehrs, dienlich sind. So ist vor allem das Pfandrecht insoweit von großem Einflusse auf die Gestaltung des k. Z. geworden, als letzteres die Vorzüge des genannten Instituts — so vor allem das dem Gläubiger gewährte Recht der Befriedigung — unter Vermeidung der den Interessen des Handelsverkehrs widerstreitenden Übelstände in sich aufgenommen hat.

Es ist daher nicht zu verwundern, daß die Wissenschaft im Anschluß daran, daß das Gesetz keine Definition des k. Z. gegeben hat, zu einem großen Teile die Ansicht vertritt, daß sich das k. Z. aus dem Pfandrechte entwickelt habe und ein pfandähnliches Institut sei.[1] [2])

Unsere Aufgabe soll sein, zu dieser Streitfrage durch eine vergleichende Darstellung des k. Z. mit dem Pfandrechte einen Beitrag zu liefern. Nach einem geschichtlichen Rückblick werden wir näher auf die im Gesetz geregelten Voraussetzungen, den Inhalt und die Ausübung, und schließlich auf die Wirkungen des k. Z. unter vergleichender Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen für das Pfandrecht eingehen. Es soll dann an Hand dieser Betrachtungen und einer kurzen vergleichenden Darstellung des k. Z. mit den anderen der Kreditsicherung dienenden Rechtsinstituten versucht werden, die rechtliche Natur des k. Z. zu definieren.

Wir werden im Laufe der Erörterung über die geschichtliche Entwicklung des k. Z. Gelegenheit haben, festzustellen, daß die ersten Spuren eines k. Z. sich im Mittelalter zeigen. Wir sind jedoch dadurch, daß bei dem Streite über die rechtliche Natur eine Ansicht[3]) auch dahin geht, daß es als eine Fortbildung des gemeinen Retentionsrechtes anzusehen wäre, genötigt, das Retentionsrecht überhaupt bis in seine ersten Stadien zurückzuverfolgen.

---

[1]) Staub § 369 Anm. 1 Vorbem.; Endemann Bd. 2 S. 99; Dernburg Bd. 3 S. 959 und Thoel S. 713.

[2]) Andere bringen das k. Z. wiederum mit dem gemeinrechtlichen und dem bürgerlichen Retentionsrechte, andere mit der Kompensation in Verbindung. Es wird hierauf noch näher bei der Erörterung der rechtlichen Natur einzugehen sein.

[3]) Laband S. 484.

§ 2.

Im römischen Recht kann man von einem ius retentionis nicht sprechen. Das sogen. römische Retentionsrecht[1]) beruhte auf dem Gedanken der Billigkeit; es war ein Erzeugnis der Praxis: der Prätor wies den judex an, jeden dolus zu berücksichtigen, den der Kläger mit der Klageanstellung beging. Dieser wurde darin erblickt, daß der Gläubiger, obwohl er den Anspruch des Schuldners noch nicht befriedigt hatte, diesen zur Erfüllung zwingen wollte. Aus diesem Gedanken der Billigkeit heraus hatte der judex über die Zulässigkeit des Retentionsrechts zu entscheiden. Es handelte sich hierbei aber immer nur um einzelne Fälle in der Praxis. Die Verfasser des corpus iuris haben es nicht für der Mühe wert gehalten, in einem Titel alle Fälle, in denen es sich um ein Recht zum Zurückbehalten handelt, zusammenzufassen. Wohl sprechen einzelne Stellen in den Pandekten in den Entscheidungen praktischer Fälle von einem „retinere", doch fehlt diesen Ausdrücken jeder rein juristische Sinn. Es handelt sich nur um den tatsächlichen Vorgang des Zurückhaltens. „Die überwiegende Mehrzahl der Quellenstellen operiert, wie Langfeld[2]) sich treffend ausdrückt, dabei mit dem Begriffe der exceptio doli, indem z. B. durch eine exceptio doli der Beklagte die Befriedigung seines Gegenanspruches erlange."

Daß es vor der Rezeption in Deutschland ein spezifisch deutsches Znrückbehaltungsrecht gegeben hat, ist feststehend; doch war dieses so unentwickelt, daß es dem eindringenden römischen Rechte nur geringen Widerstand entgegensetzen konnte, trotzdem dieses selbst so gestaltet war, daß es als Grundlage einer Weiterentwicklung des Retentionsrechts nur in geringem Maße dienen konnte.

Der älteste Fall eines germanischen Zurückbehaltungsrechts ist das Schüttungsrecht der Volksrechte.[3]) Dieses gestattete den

---

[1]) Es wird in der modernen Gesetzgebung das Wort „Zurückbehaltungsrecht" gebraucht, jedoch ist auch der Ausdruck „Retentionsrecht" in der Theorie und Praxis sehr gebräuchlich; in unserer Abhandlung werden beide Ausdrücke nebeneinander gebraucht werden.

[2]) Langfeld S. 4.

[3]) Brunner Bd. 2 S. 531 ff.

Grundeigentümern, wenn fremdes Vieh auf ihr bebautes Land übertrat, dieses zu schütten, d. h. in Besitz zu nehmen, ursprünglich sogar zu töten, um so ein Beweis- und Pressionsmittel gegen den Tiereigentümer zu erwerben. Der Schüttende durfte die Herausgabe des Tieres bis zur Bezahlung des Schadens und der Futterkosten verweigern. Diese Schüttung mußte er aber dem Eigentümer oder öffentlich bekanntgeben. Durch diese Kundmachung und durch die Innehabung der Gewere war der Schüttende so lange in dieser geschützt, bis der frühere Gewereinhaber ihn durch Beseitigung seines Gegenrechts überwand. Es blieb also dem früheren Gewereinhaber statt des Anspruches auf Rückgewähr nur ein solcher auf Lösung. In späterer Zeit wurde dieses Zurückbehaltungsrecht dahin erweitert, daß der Schüttende sich mit dem zurückbehaltenen Tiere befriedigen durfte; in dieser Gestaltung weist die Schüttung eine gewisse Ähnlichkeit mit dem k. Z. auf.[1]) Neben diesem Retentionsrecht wegen Aufwendungen war dem älteren germanischen Recht noch ein solches zur Sicherung von Schaden- und Bußansprüchen bekannt. Schlegelberger[2]) faßt seine Ausführungen über das germanische Retentionsrecht dahin zusammen, daß er es für ein eigenartiges dingliches Recht erklärt, das einen infolge Kundbarkeit beachtlichen Anspruch des Inhabers der gegenwärtigen Gewere voraussetzt und mit dessen Erfüllung erlischt.

Als nun das römische Recht in Deutschland seinen Einzug hielt, da konnte, wie schon oben erwähnt, das deutsche Recht dem römischen nur geringen Widerstand entgegensetzen, wenn es auch als Mitverdienst des germanischen Rechts zu betrachten ist, daß es später das gemeine Retentionsrecht dahin beeinflußt hat, daß es das negative Recht der Abwehr zu einem positiven Recht der Befriedigung umgestaltete. Daß das gemeine Retentionsrecht nur geringe Fortschritte in seiner Ausbildung gemacht hat, beweist deutlich, daß der von Savigny vertretene Standpunkt, „daß das Retentionsrecht nichts anderes sei als eine Anwendung der exceptio doli, die sich von

---

[1]) Schlegelberger S. 78.

[2]) Schlegelberger S. 48, er bringt eine eingehende Behandlung der Geschichte des germanischen Retentionsrechtes (S. 12—48).

anderen Anwendungen derselben nur faktisch und zufällig unterscheide", im gemeinen Recht zwar angefochten, doch niemals mit einer selbständigen neuen Ansicht widerlegt worden ist.[1]) Allgemein kam man im Hinblick auf die einzelnen Anwendungsfälle zu dem Resultat, daß in dem Retentionsrechte die Befugnis erblickt wurde, eine geschuldete Leistung so lange zu verweigern, bis der andere den dem Retinenten gebührenden Anspruch erfüllt hatte. Es gab also nur ein negatives Recht der Leistungsverweigerung, eine weitergehende Wirkung, die dem Retinenten eine Befriedigungs- und Veräußerungsbefugnis gewährte, hatte das gemeine Retentionsrecht nicht. Als wichtigste Voraussetzung des gemeinen Retentionsrechtes ist die anzusehen, daß zwei Ansprüche vorhanden sein müssen, die konnex sind, d. h. „die Ansprüche müssen einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, die nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine natürlich gewollte Einheit bilden",[2]) und daß dieses Retentionsrecht an Leistungen jeder Art anerkannt wird.[3])

Das gemeine Retentionsrecht konnte in dieser Form den Anforderungen, die besonders der im Mittelalter aufblühende Handelsverkehr stellte, nicht entsprechen.[4]) Es fand nur insoweit Aufnahme, als es den Verkehrsbedürfnissen entgegenkam. Besonders waren es die rein negative Wirkung desselben, d. h. das Fehlen der Veräußerungsbefugnis und das diesem Rechte eigentümliche Erfordernis der Konnexität, die es von vornherein für den Handelsverkehr untauglich erscheinen ließen. Man sah vor allem den Begriff der Konnexität[5]) für das kaufmännische Leben als unzweckmäßig an, da sein Begriff nicht bestimmt genug umgrenzt war. An Stelle des im Begriffe der Konnexität enthaltenen rechtlichen Zusammenhanges mußte ein tatsächlicher zwischen den beiderseitigen Ansprüchen gestellt werden. Aus diesem Gedanken heraus hatte sich allmählich im Handelsstande die Überzeugung

---

[1]) Busch Bd. 3 S. 257.

[2]) Goldschmidt S. 974/75.

[3]) Schlegelberger S. 12 und Planitz S. 61.

[4]) vgl. Lehmann S. 565 unter Nr. 2.

[5]) Begriff der Konnexität: Stobbe S. 708; Goldschmidt S. 974; Langfeld S. 105.

Bahn gebrochen, „daß jeder im Geschäftsverkehr in die Hand des Gläubigers gelangte Vermögensteil des Schuldners dem ersteren vollkommene sichere Deckung für alle aus dem Handelsverkehr hervorgegangenen Forderungen bieten müsse".[1]) Es stellte sich im Handelsverkehr immer mehr das Bedürfnis heraus, an die Stelle des negativ wirkenden Retentionsrechts des gemeinen Rechts ein positives Befriedigungsrecht zu setzen.

Bei diesem Bestreben fand man, daß ähnliche Gedanken schon in den Statuten italienischer Handelsstädte Anerkennung gefunden hatten. Unter ihnen waren es besonders Florenz und Genua, in deren Statuten die ersten Spuren eines k. Z. zu finden waren. So war in einem Statut der Stadt Florenz[2]) bestimmt, daß ein kaufmännischer Darlehns- oder Wechselgläubiger oder Bürge an dem in seinem Besitz befindlichen oder zu seiner Verfügung stehenden kaufmännischen Vermögen des falliten Schuldners ein sogen. Vorzugspfandrecht vor den übrigen Konkursgläubigern hatte und sich verkaufsweise aus ihm befriedigen konnte. In dieser Bestimmung wurde einerseits als Folge des im germanischen Rechte herrschenden Prinzips der Publizität ein Konkursprivileg auf Grund des Besitzes gewährt, während andererseits das dem gemeinen Retentionsrechte eigentümliche Erfordernis der Konnexität nicht als Voraussetzung für das Befriedigungsrecht galt.[3])

Nachdem dieses aus Italien stammende Zurückbehaltungsrecht sich zuerst in einzelnen Ländern, wie Frankreich, den Niederlanden und England, Geltung verschafft hatte, drang es bald auch in Deutschland ein und hat hier in den Statuten, Wechsel- und Fallitenordnungen der größeren Handelsplätze Verwertung gefunden. Hiervon geben die Hamburger neue Fallitenordnung 1753, Frankfurter Wechselordnung 1739, Leipziger Wechselordnung 1682 und Nürnberger Wechselordnung 1722 Kunde. Jedoch ist das k. Z. über diesen beschränkten Kreis heraus selten zur An-

---

[1]) Goldschmidt S. 998; vgl. Nürnberger Prot. S. 454—456; vgl. Sträuli S. 6; Gareis, Lehrb. S. 378.

[2]) Stat. di mercanzia von 1577 lib. III. rub. 2 dei cessanti e fugitivi; vgl. Statuten von Genua lib. IV. tit. 14 de compensationibus; vgl. Goldschmidt S. 999 ff.

[3]) Planitz S. 63/64.

wendung gekommen; allgemeine Anerkennung erwarb es sich in Deutschland noch nicht. So kam es z. B. besonders im allgem. Landrecht[1]) noch nicht zur Geltung. Dieses bezog das Retentionsrecht nur auf bescheinigte fällige Forderungen, die aus demselben Rechtsgeschäft, durch welches die Retentionsobjekte in den Besitz des Retinenten gelangt waren, entsprungen sein mußten.[2]) Einen Fortschritt bildete in Preußen die Konkursordnung v. 8. 5. 1855, die dem Spediteur und Kommissionär im Konkurse des Schuldners ein Absonderungs- und Vorzugsrecht gewährte und das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers zur Anerkennung brachte. Erst mit der Modifizierung des Handelsgesetzbuches kam es, erleichtert durch den Zusammenschluß der deutschen Staaten und besonders durch Gründung des Zollvereins, zu einer endgültigen Regelung des k. Z. für das ganze Deutsche Reich. Auf der zu diesem Zwecke eingesetzten Nürnberger Konferenz wurde unter Ablehnung der preußischen Entwürfe, von denen allerdings der zweite als Grundlage für die weiteren Beratungen diente, von den kaufmännischen Mitgliedern der § 50[3]) des revidierten österreichischen Entwurfes zur Anerkennung gebracht; es wurde darauf hingewiesen, daß sein Prinzip sich seit mehr als hundert Jahren in einem großen Teile von Deutschland bewährt habe.[4]) Nachdem dieser verschiedenen Angriffen besonders in der 2. Lesung erfolgreich standgehalten hatte, wurde endlich nach der 3. Lesung eine neue Fassung[5]) unter prinzipieller Aufrechterhaltung des § 50 angenommen, die ohne erhebliche Änderungen in Art. 313—316 ADHGB. ihre gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Das neue Handelsgesetzbuch hat diese Art. 313—316 unter wenigen Abänderungen als die §§ 369—372 in sich aufgenommen.[6])

---

[1]) Im ALR. sowohl als auch im code civil findet das gemeine Retentionsrecht zum Teil wieder Anerkennung.

[2]) ALR. I, 20 §§ 536—539; I, 13 § 83.

[3]) Dieser § 50 beruhte auf einer Bestimmung der österr. WO. von 1763.

[4]) Prot. S. 466.

[5]) Prot. S. 1356.

[6]) Eine eingehende Schilderung der Entstehungsgeschichte der §§ 369 ff. bringt Korn S. 7 ff.

§ 3.

Mit Rücksicht darauf, daß wir in unserem Thema das Pfandrecht nur so weit heranziehen wollen, als es der Vergleich mit dem eingehender zu erörternden k. Z. erfordert, soll die geschichtliche Entwicklung desselben nur in großen Zügen geschildert werden.

Im alten römischen Recht kannte man noch kein Pfandrecht, jedoch gab es Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung hatten.[1]) Wollte sich jemand Kredit verschaffen, so standen ihm in ältester Zeit zwei Geschäfte offen, bei denen eine Übertragung auf Treu und Glauben stattfand. Die fiducia, die später fortfiel, übertrug Eigentum an der Sache mit dem Vorbehalt der Rückübertragung nach Tilgung der Schuld (pactum fiduciae); das pignus verschaffte den Besitz, ohne ein Verfolgungs- oder Verwertungsrecht zu gewähren. In der Weiterentwicklung kam nach dem Vorbilde des griechischen Rechts die Hypothek auf, eine bloße Vereinbarung, daß Sachen des Schuldners nötigenfalls dem Gläubiger als Befriedigungsmittel dienen sollten. Zuerst wurde diese Vereinbarung vom Prätor beim Pachtverhältnis als Pfandrecht des Verpächters an den Invekten und Illaten des Pächters anerkannt. Aus dem interdictum Salvianum und weiter aus der actio Serviana, die auf andere Forderungen als utilis actio Serviana ausgedehnt wurde, entwickelte sich für den Gläubiger ein dingliches Klagerecht, verbunden mit dem Rechte der Befriedigung. So kam mit dem vertraglichen Verkaufspfand ein eigentliches Pfandrecht zur Entstehung.

Bevor das römische Recht in Deutschland eindrang, hatten die Deutschen bereits ein Pfandrecht, das viele Vorzüge vor dem römischen hatte. Es waren dies hauptsächlich die Grundsätze der Publizität und Spezialität im germanischen Pfandrechte, die dieses vorteilhaft auszeichneten. Im Gegensatze zum römischen Recht, welches das Vertragspfand auf Mobilien und Immobilien anwandte, bestand im deutschen Recht, veranlaßt durch die eben erwähnten Prinzipien, schon eine Trennung zwischen Mobilien und Immobilien; man sprach demgemäß von einem Liegenschafts-

[1]) Sohm S. 344.

und Fahrnispfandrecht. Der Begriff des letzteren ist, wie Gerber-Cosack[1]) sich ausdrückt, eine „Verbindung von Realobligation und dinglichem Recht".

Für lange Zeit vermochte das römische Recht dieses deutsche Fahrnispfandrecht nicht zu verdrängen. Wenn auch letzteres „der vom Besitz unabhängigen Hypothek zugängig wurde und von Generalhypotheken, gesetzlichen Pfandrechten und Pfandprivilegien ergriffen wurde",[2]) so kehrte man doch bald zum alten germanischen Recht zurück; besonders kamen die oben schon erwähnten Prinzipien der Spezialität und Publizität[3]) und neben ihnen auch der Grundsatz „Hand wahre Hand" zur Geltung, wonach auch von einem Nichteigentümer wirksam ein Pfandrecht bestellt werden konnte.[4]) Sie beeinflußten die Fortbildung des Pfandrechtes bis auf die Reichsgesetzgebung. Das preuß. allgem. Landrecht ging nur insofern wieder zu den Grundsätzen des gemeinen Rechts zurück, als es zur Befriedigung aus dem Mobiliarpfande einen Vollstreckungstitel und gerichtliche Zwangsvollstreckung verlangte.

So wurden grundsätzlich die Grundprinzipien des deutschen Rechts in der neueren Gesetzgebung für das Pfandrecht angenommen, und es ist in dieser Form in den §§ 1204—1296 BGB. geregelt.

§ 4.

Das Handelsgesetzbuch enthält, wie eingangs schon erwähnt, keine Begriffsbestimmung des k. Z., vielmehr beschränkt es sich darauf, in den §§ 369—372 die Voraussetzungen, die zur Entstehung des k. Z. nötig sind, anzugeben und Inhalt, Ausübung und Wirkung genau zu regeln.

Mit Rücksicht darauf, daß das Geltungsgebiet des k. Z. sich ausschließlich auf den handelsrechtlichen Verkehr erstreckt, wird vom Gesetz eine bestimmte persönliche Eigenschaft der Beteiligten verlangt: das k. Z. kann nur von einem Kaufmann gegen einen

---

[1]) Gerber-Cosack S. 301.

[2]) Gierke S. 936; vgl. Stobbe S. 692; Goldschmidt Abt. 1 S. 301.

[3]) So gab es z. B. kein stillschweigendes Pfandrecht; vgl. Stobbe S. 685 u. 694.

[4]) Ders. S. 688 u. 699.

Kaufmann ausgeübt werden. Wer Kaufmann ist, ergibt sich aus §§ 1—7 HGB.[1]) Nach der im § 1 Abs. 1 HGB. wiedergegebenen Definition ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Im § 1 Abs. 2 sind dann eine Anzahl bestimmter Gewerbebetriebe aufgeführt, welche als Handelsgewerbe im Sinne dieser Definition anzusehen sind. Jeder, der eins von diesen Gewerben betreibt, ist auch ohne Eintragung kraft Gesetzes Kaufmann. (Die Eintragung hat also nur deklaratorische Wirkung.)

Zu dieser Gruppe, die man als Mußkaufleute zu bezeichnen pflegt, kommen zunächst hinzu die sogen. Soll- und Kannkaufleute (§§ 2 u. 3). Hierunter fallen die Unternehmer solcher Gewerbebetriebe, die erst mit der Eintragung in das Handelsregister als Handelsgewerbe gelten. Unter § 2 rechnen alle gewerblichen Unternehmen, welche nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern;[2]) diese sind zur Eintragung verpflichtet und werden mit erfolgter Eintragung Kaufleute. Unter § 3 fallen die Unternehmer land- und forstwirtschaftlicher Nebengewerbe, d. h. die Unternehmer solcher Betriebe, in denen die durch die Land- oder Forstwirtschaft gewonnenen Erzeugnisse und Bodenbestandteile verarbeitet werden.[3])

Als Kaufleute sind ferner alle Handelsgesellschaften (z. B. offene Handelsgesellschaften, Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften) anzusehen, denn nach § 6 HGB. finden die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.

Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts unterliegen, falls und soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben, den für die Kaufleute gegebenen Vorschriften, so gelten z. B. das Reich bezüglich der Reichseisenbahnen und der Reichsdruckerei (nicht aber bezüglich der Reichspost; vgl. § 452 HGB.), die einzelnen Bundes-

---

[1]) vgl. Busch, Arch. Bd. 3 S. 89; ROHG. Bd. 2 S. 79, Bd. 24 S. 113; RG. Bd. 10 S. 163, Bd. 14 S. 112.

[2]) z. B. die Grundstückshändler, Bauunternehmer und Baulieferanten, Auskunfteien und die Unternehmer, welche in ihrem Gewerbebetriebe selbstgewonnene Rohstoffe ver- und bearbeiten (Tonwaren- und Porzellanfabriken, Ziegeleien).

[3]) z. B. Molkereien, Handelsgärtnereien, Bierbrauereien, Mühlenbetriebe, Ton-, Schiefer- und Kiesgruben usw.; vgl. Staub Anm. 3 zu § 2, Anm. 5 zu § 3.

staaten wegen ihrer Eisenbahnen, Bergwerke, Manufakturen usw. als Kaufleute.

Auch hier (sowohl bei den Handelsgesellschaften als auch bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts) handelt es sich um Kaufleute im Sinne des § 369; sie können selbst ein k. Z. geltend machen, auch kann es gegen sie ausgeübt werden.

Die Kaufmannseigenschaft muß — wie es auch die übereinstimmende Ansicht der Kommentatoren ist — beim Gläubiger nicht allein zur Zeit der Entstehung der Forderung, sondern auch dann vorhanden sein, wenn mit dem Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen das Recht zur Entstehung kommt.[1]) Verliert der Gläubiger später seine Kaufmannseigenschaft, so geht damit nicht sein Retentionsrecht verloren,[2]) denn die einmal vorhandenen Rechte können nicht nachträglich geändert werden. Weiter entspricht es dann der Billigkeit, daß gegen den Schuldner, wenn dieser die Kaufmannseigenschaft verliert, trotzdem das Zurückbehaltungsrecht bestehen bleibt, um nicht das Recht des Gläubigers illusorisch zu machen und so den sich sicher fühlenden Gläubiger vor einem nachteiligen, in der Person des Schuldners liegenden Umstande zu schützen.

Entsprechend der Verschiedenheit der Personenkreise, für die das k. Z. und das Pfandrecht bestehen, sind erklärlicherweise auch die Voraussetzungen für die Eigenschaften der Personen sehr verschieden. Während das k. Z., das auf den engsten kaufmännischen Verkehr beschränkt ist, unbedingt die Kaufmannseigenschaft verlangt, wird beim Pfandrecht kein bestimmtes Erfordernis aufgestellt, wenn man von dem der Geschäftsfähigkeit, das ja selbstverständlich ist, absieht; jede beliebige Person, natürlich auch hier ein Kaufmann, kann als Gläubiger oder Eigentümer auftreten.

Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsgesetzbuchs nehmen bezüglich der für die Subjekte aufgestellten Eigenschaften eine Mittelstellung ein; während nämlich die Spediteure, Lagerhalter, Frachtführer und Kommissionäre als Kaufleute — und zwar als

[1]) Staub Anm. 5 zu § 369; Makower S. 1108; Lehmann-Ring zu § 369 Nr. 2; Düringer-Hachenburg § 369 Note IV, 1.

[2]) Striethorsts Arch. Bd. 12 Nr. 27, Bd. 99 S. 125; ROHG. Bd. 6 S. 116; Makower S. 1108; Lehmann-Ring zu § 369 Nr. 2, 1.

sogen. Mußkaufleute gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 u. 6 — auftreten, wird die Kaufmannseigenschaft bei der Partei, gegen die sich das gesetzliche Pfandrecht richtet, nicht verlangt.

§ 5.

Eine weitere Einschränkung erfährt das Anwendungsgebiet des k. Z. durch die Bestimmung darüber, welcher Art die Retentionsobjekte sein müssen: es dürfen vom Gläubiger nur die beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners retiniert werden, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Es müssen Wertpapiere und bewegliche Sachen sein, d. h. diejenigen beweglichen Objekte, die für einen Sachbesitz körperlich geeignet sind.[1]) Damit werden vor allem die Immobilien — wenngleich Immobiliargeschäfte nach § 343 zu den Handelsgeschäften gehören können — ausgeschlossen. Ferner bleiben hier auch Forderungen und Rechte des Schuldners unberücksichtigt, „soweit dieselben nicht durch urkundliche Verbriefung körperliche Gestalt angenommen haben“;[2]) auch können Leistungen und Handlungen irgendwelcher Art,[3]) zu denen der Gläubiger gegenüber dem Schuldner verpflichtet ist, nicht Gegenstand des k. Z. sein. Am Gelde ist eine Retention nur dann möglich, wenn Geldstücke als körperliche Sachen zurückbehalten werden, aber nicht, wenn nur die Leistung einer in Geld als Wertmesser ausgedrückten Schuld in Frage steht.[4]) Hier steht das Erfordernis des schuldnerischen Eigentums insofern im Wege, als bei einer Summen-

---

[1]) Was unter beweglichen Sachen zu verstehen ist, bestimmt § 90 BGB., der auch für das Handelsrecht maßgebend ist. Vgl. RG. Bd. 10 S. 40, Bd. 17 S. 47, Bd. 26 S. 44; ROHG. Bd. 9 S. 242; vgl. Gareis, Komm. zu § 369 Anm. 13.

[2]) Korn S. 34; ebenso Lehmann S. 567 Nr. 7 a.

[3]) Lehmann-Ring § 369 Nr. 7; Düringer-Hachenburg § 369 IV, 3; Endemann S. 355; Oertmann im Bankarchiv 6. Jahrg. Nr. 11.

[4]) Makower § 369 IV a, 1; RG. Bd. 12 S. 90, Bd. 13 S. 90, Bd. 9 S. 436, Bd. 31 S. 24 ff.; Gareis-Fuchsberger S. 663 Nr. 279; Lehmann S. 568 Nr. 7 a; vgl. Sträuli S. 29.

schuld ein Eigentum ausgeschlossen ist. So kann insbesondere am sogen. depositum irregulare (Guthaben auf Girokonto) kein k. Z. ausgeübt werden.[1])

Ein gesetzliches Veräußerungsverbot nach § 134 BGB. hat die Wirkung, daß an den von diesen betroffenen beweglichen Sachen kein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann;[2]) handelt es sich um ein Verbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt (§§ 135, 136 BGB.), so ist eine etwaige Zurückbehaltung natürlich nur diesen gegenüber unwirksam.

Darüber, wie weit sich das k. Z. auf Wertpapiere erstreckt, gehen die Ansichten sehr auseinander. Allgemein versteht man unter Wertpapieren Urkunden, in denen ein Recht verbrieft ist, dessen Geltendmachung durch das Innehaben der Urkunde bedingt ist.[3]) Dieser Begriff ist aber aus zwei Gesichtspunkten heraus bedeutend einzuschränken: Einerseits können nur die für den Handelsverkehr geeigneten Wertpapiere Gegenstand des k. Z. sein, da es sich hier um ein ausschließlich kaufmännisches Recht handelt,[4]) anderseits wirkt das in § 371 HGB. ausgesprochene Endziel des k. Z., nämlich die Befriedigung aus den zurückbehaltenen Gegenständen, einschränkend. Es müssen also die Wertpapiere als ungeeignet für das k. Z. ausscheiden, bei denen infolge Fehlens eines Vermögenswertes die Befriedigungsmöglichkeit für den Retentionsgläubiger fortfällt. U. E. trifft in dieser Hinsicht die vom Reichsgericht[5]) vertretene Ansicht das Richtige, „daß Papiere, die nicht selbständige Träger einer Obligation sind, sondern nur zum Beweise einer Forderung dienen, für sich allein wegen Mangels eines realisierbaren Vermögenswertes nicht Gegenstand eines k. Z. sein können".

---

[1]) Staub § 369 Anm. 13.

[2]) Ders. § 369 Anm. 17.

[3]) vgl. Definition von Jacobi S. 2.

[4]) vgl. Denkschr. S. 11; Staub § 369 Anm. 14. Das ADHGB. enthielt in Art. 271 Ziff. 1 einen ausdrücklichen Hinweis: „für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere"; vgl. Schulze S. 24.

[5]) RG. Bd. 20 S. 135, Bd. 15 S. 58; Hallbauer-Fuchs S. 178; Cosack S. 129 Nr. 2; Puchelt S. 854; Staub § 369 Anm. 15; Lehmann S. 568 Nr. 7a.

Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht,[1]) nach welcher der allgemeine Begriff der Wertpapiere im vollen Umfange auch für das k. Z. aufrechtzuerhalten und demgemäß letzteres an allen Wertpapieren möglich sei, vermögen ihre Auffassung nicht einmal vollständig einwandfrei durchzuführen, denn sie geben selbst zu, daß bei allen von ihnen zugelassenen Wertpapieren ohne Vermögenswert das dem k. Z. charakteristische Merkmal, die Veräußerungsbefugnis, ausgeschlossen ist. Besonders ist die von Makower[2]) vertretene Ansicht, die Möglichkeit der Befriedigung sei unwesentlich, die Zurückhaltung des Papieres sei trotz dessen Unverkäuflichkeit in vielen Fällen geeignet, einen mittelbaren Zwang zur Tilgung der Schuld auf den Schuldner auszuüben, aus demselben Grunde zu verwerfen. Auch wird von ihm der Zweck des k. Z. hier vollständig verkannt: Der kaufmännische Retentionsgläubiger bekommt mit der Retention der Gegenstände eine Sicherheit in die Hände, an der er sich schadlos halten kann, nicht aber ist, wie es bei dem bürgerlichen Retentionsrecht der Fall ist, ein Druck auf den Schuldner beabsichtigt, damit er seinen Verpflichtungen nachkommt.

Ist hierdurch festgestellt, daß nur für den Handelsverkehr geeignete Wertpapiere zurückbehalten werden können, die einen selbständig realisierbaren Vermögenswert haben, so erübrigt es, nur noch kurz derselben Erwähnung zu tun. Es können retiniert werden die Inhaber- und die indossablen Orderpapiere, soweit sie die Möglichkeit der Befriedigung enthalten, also auf den retinierenden Gläubiger lauten, an ihn indossiert oder mit Blankoindossament versehen sind, ferner Wechsel und die unechten Inhaberpapiere des § 807 BGB.,[3]) Aktien, Banknoten und vor allem die im § 369 Abs. 1 HGB. erwähnten Lagerscheine, Ladeschein und Konnossement. Dagegen sind als ungeeignet zu bezeichnen die Hypo-

---

[1]) ROHG. Bd. 3 S. 159ff., Bd. 9 Nr. 75, Bd. 6 S. 189; Korn S. 35; Thoel S. 716; Gareis-Fuchsberger S. 663 Nr. 279.

[2]) Makower § 369 S. 1111; vgl. Sträuli S. 30, der trotz der auch dem schweizerischen Retentionsrecht innewohnenden Verkaufsbefugnis eine Retention auch an wertlos gewordenen Urkunden für möglich erklärt.

[3]) vgl. Staub § 369 Anm. 15.

theken- und Grundschuldurkunden, Lebensversicherungspolicen,[1]) ebenso auch einfache Beweisurkunden und Legitimationspapiere. Ferner sind aus demselben Grunde auch andere Beweisurkunden, wie z. B. Geschäftsbriefe, Dienstzeugnisse und Quittungen, nicht hierhin gehörig, wenn sie auch als bewegliche Sachen für die Retention in Betracht kommen können. Nur betreffs der sogen. vinkulierten Namensaktien ist u. E. die mehrfach geteilte Auffassung des Reichsgerichts,[2]) die auch an diesem Papier ein k. Z. zuläßt, zu verwerfen; denn diese sind als nicht frei übertragbare Papiere deshalb vom k. Z. ausgeschlossen, weil der Gläubiger nur aus frei übertragbaren Vermögensrechten seine Befriedigung suchen kann.[3])

Das Anwendungsgebiet des k. Z. ist hinsichtlich der Art der zur Zurückhaltung geeigneten Gegenstände weit enger gefaßt als das des Pfandrechts. Letzteres erstreckt sich nicht nur auf bewegliche Sachen und Wertpapiere, sondern es betrifft unter dem Titel „Pfandrecht an Rechten" Rechte beliebiger Art, so besonders auch Forderungen. Gleich dem k. Z. sind beim Pfandrecht von vornherein die Grundstücke ausgeschlossen. Sie bilden im Bürgerlichen Gesetzbuch den Gegenstand von Hypothek und Grundschuld. Hervorzuheben ist, daß auch vertretbare und verbrauchbare Sachen als geeignete Objekte des Pfandrechts zu bezeichnen sind. Während an einem Sachinbegriff, z. B. einem Warenlager, sowohl ein k. Z. als auch ein Pfandrecht nur in der Weise ausgeübt werden kann, indem dem Gläubiger der Besitz oder Mitbesitz in der vom Gesetz geregelten Form eingeräumt wird,[4]) ist bezüglich des Geldes ein Unterschied dahin festzustellen, daß als geeignetes Objekt für das Pfandrecht nicht nur Geldstücke, sondern auch Geldsummen anzusehen sind. Eine Verpfändung von Geld ist durch Übergabe ohne Eigentumsübertragung ohne weiteres gegeben, denn mit der Übergabe des Geldes bekommt der Gläubiger ein unmittelbar zu seiner

---

[1]) And. M. Gareis-Fuchsberger S. 663 ff.; ROHG. Bd. 9 S. 243, Bd. 14 S. 29, Bd. 18 S. 21.

[2]) RG. Bd. 36 S. 88 ff.; Meyer S. 12; Staub S. 369 Anm. 16.

[3]) Jacobi S. 17.

[4]) Biermann zu § 1204 S. 432; Kretschmar S. 637; Planck zu § 1204 S. 748; Dernburg Bd. 3 S. 907.

Befriedigung geeignetes Mittel in die Hände. Es tritt an die Stelle des Verkaufsrechts das Recht unmittelbarer Befriedigung aus der Substanz.[1]) Ferner ist aber auch nach der herrschenden Ansicht[2]) ein pignus irregulare am Gelde als besonderer Fall des irregulären Pfandrechts anerkannt. Wird nämlich Eigentum auf den Gläubiger übertragen und bleibt dem Schuldner nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung einer gleichen Summe, so liegt ein pignus irregulare vor.

Mit Rücksicht auf den Endzweck der Befriedigung sind auch beim Pfandrecht die Gegenstände ohne Vermögenswert, wie z. B. Pässe, Ordensabzeichen und Zeugnisse,[3]) ausgeschlossen; auch sind ebenso wie beim k. Z. Urkunden ohne Verkaufswert als ungeeignet zu bezeichnen.[4])

Für die dem Pfandrecht unterliegenden Wertpapiere gilt dasselbe, was beim k. Z. gesagt ist; ein Pfandrecht an Rechten, die nicht übertragbar sind, ist ausgeschlossen (§ 1274 BGB.). Besonders hervorgehoben sind von den Wertpapieren im § 1292 BGB. der Wechsel und alle anderen indossablen Papiere, im § 1293 die Inhaberpapiere. Unter den letzteren sind sowohl die in den §§ 793 ff. geregelte Schuldverschreibung auf den Inhaber als auch der auf den Inhaber lautende Grundschuldbrief (§ 1195) und Aktien auf den Inhaber (§ 179 HGB.) zu verstehen.[5])

Bezüglich des Gegenstandes ist für die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsgesetzbuchs und des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Einschränkung dahin zu machen, indem das gesetzliche Pfandrecht sich nur auf die Sachen bezieht, die dem betreffenden Rechtsverhältnisse unterliegen, z. B. das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgute. Dagegen erstreckt sich das k. Z., wie gesagt, auf alle beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die sich in seinem Besitz befinden.

---

[1]) Gierke S. 970; Düringer-Hachenburg S. 485; Planck zu § 1228, 1.

[2]) Dernburg Bd. 3 S. 937; and. M. Demelius S. 225; vgl. Kretschmar Vorbem. 10 zu § 1204.

[3]) Dernburg Bd. 3 S. 906; Kretschmar S. 637.

[4]) Staudinger S. 837 unter e; RG. Bd. 16 S. 169 ff.; Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 195.

[5]) Planck § 1081 Ia; Biermann zu § 1293.

Wenn es nun beim k. Z. weiter heißt, bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, so wird damit verlangt, daß die Sachen in der Regel im Eigentum oder auch im Miteigentum [1]) des Schuldners stehen; im letzteren Falle ist aber Voraussetzung, daß der Schuldner berechtigt ist, über den Gegenstand selbständig zu verfügen. Das Eigentum des Schuldners (RG. Bd. 12 S. 79 ff.) muß zur Zeit der Entstehung des Rechtes vorhanden sein; dieses entsteht aber nicht erst durch die Ausübung, sondern schon mit Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen.[2]) Es ist ohne Bedeutung, ob dasselbe vorher bestanden hat, auch kommt ein späterer Wechsel in der Person des Eigentümers nicht in Betracht (ROHG. Bd. 24 S. 348), denn gegen den neuen Eigentümer kann der Gläubiger, wie später noch zu erörtern ist, sein Retentionsrecht geltend machen, wenn er nur den Besitz der Sache fortgesetzt innegehabt hat. Da das Erfordernis des schuldnerischen Eigentums mit Ausnahme des § 369 Abs. 1 Satz 2 unbedingt vorhanden sein muß, so kann der Gläubiger an fremden Sachen kein Retentionsrecht ausüben.[3]) Infolgedessen können z. B. Sachen der Ehefrau des Schuldners nur dann zurückbehalten werden, wenn nach dem in diesem Falle ausschlaggebenden Güterrechte diese für die Verbindlichkeiten des Mannes haften. Es kann also der Gläubiger des Ehemannes an den zum eingebrachten und Vorbehaltsgut der Ehefrau gehörigen Gegenständen kein k. Z. ausüben; Gesamtgutgegenstände sind dagegen stets dann zur Retention geeignet, wenn es sich um Schulden des Ehemannes handelt, kommen aber Schulden der Frau in Frage, nur dann, wenn die Fälle der §§ 1459 u. 1460 BGB. vorliegen. Mit dem Erfordernis, daß die Gegenstände im Eigentume des Schuldners stehen müssen, will das Gesetz die Rechte Dritter sicherstellen, so daß dann, wenn die Gegenstände einem Dritten zu eigen gehören, der Gläubiger an diesen kein k. Z. ausüben kann. Selbst in dem Falle, daß der Gläubiger in gutem Glauben an das Eigentum des Schuldners die Sachen in

[1]) Düringer-Hachenburg § 369 S. 561; vgl. Vorbem. zu § 368 S. 487.

[2]) RG. Bd. 49 S. 82; Seufferts Arch. Bd. 55 Nr. 22; Gruchot Bd. 44 S. 1068.

[3]) Dertmann im Bankarchiv 6. Jahrg. Nr. 11; vgl. Sträuli S. 42.

seinen Besitz genommen hat, steht ihm kein Retentionsrecht zu; auch hilft es dem Gläubiger nichts, wenn Schuldner ausdrücklich bei Übergabe erklärt hat, daß er Eigentümer sei. Die Bestimmungen des guten Glaubens in den §§ 366, 367 HGB. und §§ 932—936, 1207, 1208 BGB. haben nur allein für die in diesen Paragraphen genannten Fälle Geltung,[1]) und es nicht gerechtfertigt, dieselben auch auf das k. Z. zur Anwendung zu bringen.[2]) Hätte der Gesetzgeber eine dahingehende Absicht gehabt, so würde er auch an dieser Stelle eine Schutzbestimmung für den gutgläubigen Erwerber aufgenommen haben. Hiervon aber ganz abgesehen, läßt sich der Ausschluß des guten Glaubens für das k. Z. auch aus den Bestimmungen der §§ 369 Abs. 2 u. 372 entnehmen.[3])

Das Eigentum des Schuldners ist oben als Regel hingestellt. Einen Ausnahmefall, in dem auch an Sachen, die dem Gläubiger gehören, ein k. Z. gegeben ist, hat das neue Handelsgesetzbuch im § 369 Abs. 1 Satz 2 geschaffen. Das gilt aber nicht allgemein, sondern nur unter der Voraussetzung, daß das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. Diese Neuschöpfung soll nur unter solchen Umständen eingreifen, in denen nach der Verkehrsauffassung die Sachen ökonomisch als dem Schuldner gehörend angesehen werden, wenn sie auch rechtlich als Eigentum des Gläubigers erscheinen.[4]) Von diesen Fällen, in denen es sich um die Verpflichtung der Rückübertragung handelt, werden in der Denkschrift (S. 227) mehrere treffende Beispiele aufgezählt. Staub[5]) rechnet mit Recht hierunter die Fälle, „in denen ein beweglicher Gegenstand oder ein Wertpapier zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger zu Eigentum zu übertragen ist;

---

[1]) Korn S. 37.

[2]) ROHG. Bd. 15 S. 421; RG. Bd. 3 S. 154, Bd. 13 S. 130.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O.

[4]) vgl. Staub § 369 Anm. 24; Planitz S. 11; Cosack S. 129 Nr. 3; and. M. Dernburg Bd. 3 § 283.

[5]) Staub § 369 Anm. 23; vgl. Lehmann S. 569 Nr. 7e; Gareis, Lehrb. S. 380 Anm. 1.

nach erledigtem Sicherungszweck kann ein solcher Gegenstand vom Gläubiger kaufmännisch retiniert werden". Ein ähnlicher Fall ist z. B. der, daß dem Gläubiger nach Ausübung des dem Schuldner vorbehaltenen Wiederkaufsrechts an den von ihm dem Gläubiger verkauften Gegenständen hieran ein k. Z. zusteht.[1])

Während somit im § 369 Abs. 1 Satz 2 für das k. Z. außer dem Eigentum des Schuldners ausnahmsweise auch ein Eigentum des Gläubigers unter der Bedingung der Rückübertragung auf den Schuldner zugelassen ist, erkennt das Pfandrecht grundsätzlich nur ein Eigentum des Schuldners an den Pfandobjekten an. Erwähnt sei hier noch der Berührungspunkt, daß es nach § 1258 BGB. auch ein Pfandrecht an einem Miteigentumsanteil gibt.

Ein sehr wichtiges Unterscheidungsmerkmal ist hier hinsichtlich des guten Glaubens festzustellen. Während der gute Glaube des Retentionsberechtigten hinsichtlich des Eigentums oder der Verfügungsbefugnis des Schuldners nicht geschützt wird, finden im Gegensatz dazu für das Pfandrecht die Bestimmungen der §§ 932, 934, 935 BGB. zugunsten des gutgläubigen Pfanderwerbers Anwendung (§ 1207 BGB.). Eine Einschränkung muß allerdings in der Richtung getroffen werden, daß bei der Überlassung des Mitbesitzes an den Schuldner der Pfanderwerb im guten Glauben ausgeschlossen ist; nur dem im Mitbesitze sich befindenden Gläubiger ist dieser Schutz gewährt.

Die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs[2]) genießen in gleicher Weise wie das vertragsmäßige Pfandrecht den Schutz des guten Glaubens, während er dem Pfändungspfandrecht versagt bleibt.[3]) Während nach den Bestimmungen des § 1257 BGB. die allgemeine Gleichstellung des gesetzlichen und des vertragsmäßigen Pfandrechts auch eine solche für den guten Glauben bewirkt, wird für die des Handelsgesetzbuchs der Schutz des guten Glaubens durch den § 366 Abs. 3 gewährt; in diesem werden dieselben hinsichtlich des guten Glaubens dem in § 366 Abs. 1 von einem Kaufmanne in seinem Handelsgewerbe vertragsmäßig bestellten Pfandrechte gleichgestellt, bei dem

[1]) vgl. Gareis, Komm. zu § 369 Nr. 17.
[2]) §§ 379, 410, 421, 440 HGB.
[3]) RG. Bd. 26 S. 103.

die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. auch dann zur Anwendung kommen, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft.

Während auf seiten des Schuldners Eigentum verlangt wird, ist auf seiten des Gläubigers der Besitz an den Retentionsobjekten erforderlich, und zwar wird er in der Form verlangt, daß die Gegenstände mit Willen des Schuldners und auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind. Wenn es heißt „mit Willen des Schuldners", so geht die Absicht des Gesetzgebers offenbar dahin, den Schuldner vor Willkür und Mißbrauch von seiten des Gläubigers zu schützen. Denn würde der Gläubiger den Besitz ohne den Willen des Schuldners erlangen können, so würde ihm die Möglichkeit eingeräumt, durch Eigenmacht oder durch Abtretung von seiten eines anderen, der im Besitz von Sachen des Schuldners ist, diese an sich zu bringen, ein k. Z. darin auszuüben und sich möglicherweise daraus zu befriedigen. Es sind somit also die Fälle ausgeschlossen, in denen der Gläubiger die Sachen sich eigenmächtig angeeignet hat oder ihm von einem Dritten gegen den Willen des Schuldners übergeben sind.[1]) Es bedarf keiner Erklärung des Schuldners für den einzelnen Fall, der Wille desselben kann sich schon aus den Umständen ergeben. So ist es besonders unerheblich, ob der Schuldner Kenntnis von der Besitzergreifung des Gläubigers hat, wenn er nur im allgemeinen seine Zustimmung dazu gegeben hat, daß der unmittelbare Empfänger seiner Sachen dieselben weitergibt.[2]) Ob eine solche allgemeine Ermächtigung des Schuldners vorliegt, wird oft nur aus den Umständen herzuleiten sein. Gibt z. B. der Schuldner seinem Verkäufer den Auftrag, die ihm von diesem verkaufte Sache zum Zwecke des Transportes einem Spediteur zu übergeben, so steht dem letzteren fraglos ein k. Z. wegen seiner Forderungen an den Sachen zu.

---

[1]) ROHG. Bd. 19 S. 372; Düringer-Hachenburg S. 563; Staub § 369 Anm. 25; Puchelt S. 856; vgl. Sträuli S. 53.

[2]) RG. Bd. 9 S. 48, Bd. 14 S. 154; Lehmann-Ring zu § 369 Nr. 10; Gareis-Fuchsberger S. 664 Nr. 283; Prot. S. 1349; Schulze S. 27.

Der Wille des Schuldners muß auch ein freier sein; ist er infolge der Einwirkungen anfechtbar (§§ 119, 123 BGB.), so ist er von Anfang an als nichtig anzusehen (§ 142 BGB.).

Wird weiter verlangt, daß die Objekte auf Grund von Handelsgeschäften (vgl. §§ 343, 344 HGB.) in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, so soll damit gesagt sein, daß die Gegenstände in Veranlassung von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, d. h. daß die Erlangung des Besitzes auf dem Handelsverkehr der beteiligten Personen beruhen muß.[1]) Ebenso wie in dem Erfordernis der Kaufmannseigenschaft kommt auch in dieser Bestimmung die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, das k. Z. auf den Handelsverkehr zu beschränken. Nicht notwendig ist es, daß das Geschäft, durch welches der Gläubiger den Besitz erlangt hat, in irgendwelchem rechtlichen Zusammenhange mit dem Entstehungsgrund der Forderung steht, auf Grund deren der Gläubiger sein k. Z. geltend macht. Das dem gemeinen und dem bürgerlichen Retentionsrecht eigentümliche Erfordernis der Konnexität besteht für das k. Z. nicht, wohl kann man von einem tatsächlichen Zusammenhang sprechen, der durch die einzelnen im § 369 HGB. für die Entstehung des k. Z. notwendigen Voraussetzungen gegeben ist. Aus der Wortfassung „auf Grund von Handelsgeschäften" ist zu entnehmen, daß im Gegensatz zu dem für die Forderung aufgestellten Erfordernis, daß sie aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrühren muß, hier ein einseitiges genügt.[2]) Auf wessen Seite das Handelsgeschäft vorliegt, ist vollkommen gleichgültig, sobald der Schuldner dem Gläubiger die Sachen übergibt. Für die mehrfach vertretene Ansicht,[3]) daß gerade auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen muß, lassen sich keine stichhaltigen Gründe anführen; dagegen liegt die Sache anders, wenn das Geschäft nicht unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen ist. Erlangt der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners den Besitz auf Grund

---

[1]) ROHG. Bd. 10 S. 236, Bd. 19 S. 372; RG. Bd. 26 S. 59/60.

[2]) ROHG. Bd. 6 S. 197; Lehmann-Ring § 369 Anm. 11; Düringer-Hachenburg S. 564; Oertmann im Bankarchiv; and. M. Thoel S. 717.

[3]) Lehmann-Ring § 369 Nr. 11; Goldschmidt S. 1037; Hahn S. 180 zu Art. 313.

eines mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäftes — mag nun der Dritte als Beauftragter des Schuldners oder für sich handeln —, so muß auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen.[1])

Die Sachen müssen in den Besitz des Gläubigers gelangt sein und sich noch darin befinden. Wann man Besitz des Gläubigers anzunehmen hat, ist im Handelsgesetzbuch nicht gesagt, vielmehr kommen hier die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung. Hiernach hat der Gläubiger den Besitz an den Retentionsobjekten erworben, sobald er in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt darüber auszuüben (RG. Bd. 52 S. 386 ff.; ROHG. Bd. 10 S. 163). Es kommt auf die tatsächliche Innehabung an, denn wie Laband[2]) treffend sagt, kann man nach der Natur der Sache nur das retinieren, was man detiniert. Auch die Einräumung des Mietbesitzes[3]) muß als ausreichend angesehen werden. Entsprechend dem § 854 BGB. ist unter Besitz sowohl der unmittelbare wie der mittelbare verstanden.[4]) Im Falle des mittelbaren Besitzes genügt es nach § 868 BGB., daß ein anderer für den Gläubiger die Sache auf Grund eines Verhältnisses besitzt, vermöge dessen er dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Der Gläubiger kann also das Retentionsrecht ausüben, wenn er die Sache dem Dritten in Verwahrung gegeben oder ihm geliehen hat. Die Ausübung ist aber dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner selbst unmittelbaren, der Gläubiger aber nur mittelbaren Besitz hat (sogen. constitutum possessorium). Dies widerspricht der Natur des k. Z., das ein Innehalten des Gläubigers in der Weise verlangt, daß dadurch die Möglichkeit einer tatsächlichen Verfügung des Schuldners ausgeschlossen ist (ROHG. Bd. 10 S. 163). Der einmal erlangte Besitz muß fortdauern; fällt er fort, so erlischt damit auch das Zurückbehaltungsrecht, mag der Besitzverlust ein frei-

---

[1]) Staub Anm. 26 zu § 369; Planitz S. 12; and. M. Makower S. 1116; Lehmann S. 568 Nr. 7 d.

[2]) Laband S. 492.

[3]) Lehmann-Ring § 369 Nr. 8; Schlegelberger S. 203; RGE. v. 25. 1. 1907 im Recht Bd. 11 Nr. 462; Lehmann S. 568 Nr. 7 b.

[4]) Staub § 369 Anm. 27; Dernburg Bd. 3 S. 901, 958; vgl. Sträuli S. 36.

williger oder unfreiwilliger sein. Für das letztere gilt auch der Fall der Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht: dem Gläubiger steht keine Wiedererlangungsklage aus dem Retentionsrechte, sondern nur die aus dem Besitze zu. Es hängt mit der persönlichen Natur des k. Z. zusammen, daß der Gläubiger bei Besitzverlust ein Recht auf die Sache nicht geltend machen kann, mithin auch keine Klage aus diesem Rechte hat; er muß vielmehr die Ansprüche aus §§ 861 ff. BGB. geltend machen oder versuchen, mit Hilfe des § 1007 BGB. wieder in den Besitz zu kommen. Ist derselbe wiedererlangt, so entsteht das k. Z. von neuem. Diese allgemein vertretene Ansicht,[1]) die sich auf den obligatorischen Charakter des Rechtes stützt, wird neuerdings auch von Staub[2]) geteilt; bislang erkannte dieser mit Rücksicht auf den bis dahin von ihm vertretenen Standpunkt, daß das k. Z. als ein dingliches Recht anzusehen sei, dem Gläubiger die Berechtigung zu, von demjenigen, der ihm die Sache gewaltsam weggenommen hatte, diese ohne weiteres wieder zurückzuverlangen.

Im § 369 Abs. 1 ist noch als spezieller Fall des mittelbaren Besitzes der angeführt, daß der Gläubiger mittels Konnossements, Lagerscheins oder Ladescheins über die Retentionsobjekte verfügen kann. Damit wird verlangt, daß die Papiere in seinem Besitz sich befinden und ihm schon ausgehändigt sind (RG. Bd. 13 S. 120). Diese Traditionspapiere, die durch die Wortfassung „insbesondere" als die wichtigsten aufgestellt sind, müssen nicht nur in der Verfügungsgewalt des Gläubigers sich befinden, sondern sie müssen auch auf den Gläubiger als Adressat oder Indossatar lauten (RG. Bd. 4 S. 147). Dem Vollindossatar ist auch der Erwerber eines nur mit Blankogiro versehenen und übergebenen Papiers rechtlich gleichzustellen.[3]) Wenn dagegen das Papier auf den Namen eines Dritten lautet, so kann dem Gläubiger wohl ein Retentionsrecht an dem Papier, aber nicht an dem Gute selbst zustehen.[4]) Ferner besteht eine Möglichkeit der Verfügung über eine Sache auch dann,

---

[1]) Makower S. 1117; Düringer-Hachenburg S. 569.
[2]) Staub zu § 369 Anm. 33 u. 38.
[3]) Hallbauer-Fuchs S. 151; RG. Bd. 13 S. 120.
[4]) Lehmann-Ring Nr. 9 zu § 369; Staub § 369 Anm. 29.

wenn ein entgegenstehendes Hindernis nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden kann (ROHG. Bd. 14 S. 112).

Für die den Besitz des Gläubigers betreffenden einzelnen Punkte sind im Pfandrechte folgende vergleichende Merkmale anzuführen. Das was in § 369 Abs. 1 durch die Worte „mit dem Willen des Schuldners" als besondere Voraussetzung der Entstehung des k. Z. hervorgehoben ist, das ist in gleicher Weise für das vertragliche Pfandrecht aus der für den Abschluß des Pfandvertrags notwendigen Einigung zu schließen. Der Begriff des mit dem Willen des Schuldners erlangten Besitzes des Gläubigers ist aber ein grundverschiedener. Beim k. Z. fehlt es an einer beiderseitigen Parteiabsicht, das Recht zu bestellen. Es wird einfach eine Besitzübergabe „mit Willen des Schuldners" verlangt; anders beim Pfandrecht: hier handelt es sich um eine Besitzübergabe mit Willen des Schuldners zum Zwecke der Verpfändung.[1])

Im Gegensatz zum k. Z. sowohl als auch zum Pfandrecht verlangen die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Pfändungspfandrecht überhaupt nicht den Willen des Schuldners zur Besitzübertragung, sie werden regelmäßig gegen den Willen desselben zur Entstehung gelangen.

Daß die für das kaufmännische Retentionsrecht aufgestellte Voraussetzung des Besitzerwerbes durch Handelsgeschäfte für das Pfandrecht nicht verlangt wird, ist selbstverständlich, denn während das k. Z. als ein Rechtsinstitut des Handelsstandes nur auf den engsten kaufmännischen Verkehr beschränkt ist, steht das Pfandrecht allen Personen offen.

Dagegen berühren sich die beiden Institute wiederum darin, daß für das Pfandrecht gleich wie beim k. Z. als unbedingtes Erfordernis aufgestellt wird, daß sich der Gegenstand im Besitz des Gläubigers befindet. Das Prinzip der Erkennbarkeit läßt einerseits ein Vertragspfandrecht, selbst wenn die Einigung schon erfolgt ist, erst in dem Augenblicke entstehen, in dem der Gläubiger die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, anderseits läßt es mit dem Verluste des Besitzes auch das Pfandrecht erlöschen. Was beim k. Z. bezüglich des Mitbesitzes und des Ausschlusses

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 495; Brandt S. 24.

des constitutum possessorium gesagt ist, gilt ebenso für das Vertragspfandrecht; während dies beim ersteren aus der Natur desselben gefolgert worden ist, ergibt es sich für das letztere aus den Bestimmungen der §§ 1206 u. 1205, wonach § 930 BGB. nicht zur Anwendung gelangt.

§ 6.

Ein Recht zur Ausübung des k. Z ist jemandem nur dann gegeben, wenn er etwas zu fordern hat. Nach den Bestimmungen des § 369 Abs. 1 HGB. kommen nur solche Forderungen des Gläubigers in Betracht, die ihm gegen den Schuldner aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen und die fällig sind.

Vorauszuschicken ist, daß es sich um Forderungen aus gültigen Rechtsgeschäften handeln muß; denn wenn die Forderung nicht eingeklagt werden kann, so läßt sich eine Befriedigung aus den retinierten Gegenständen nicht herbeiführen. So besteht z. B. kein k. Z. bei verjährten Forderungen. Daß das für das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts bestehende Erfordernis der Konnexität[1]) in das Institut des k. Z. nicht aufgenommen worden ist, haben wir bereits erwähnt; man hat sich mit dem Erfordernis eines rein tatsächlichen Zusammenhanges begnügt. Aus der Wortfassung des § 369 Abs. 1 HGB. ist zu entnehmen, daß nicht allein bei beiden Parteien die Kaufmannseigenschaft erfordert wird, sondern daß auch das in Betracht kommende Geschäft auf beiden Seiten zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört (§§ 343, 344 HGB.). Demnach kommt das k. Z. für Forderungen, die nicht in dem Geschäftsbetriebe der beiden Parteien entstanden sind, oder wegen solcher aus einem einseitigen[2]) Handelsgeschäfte nicht in Betracht. Grund und Gegenstand der Forderung sind gleichgültig.[3]) Jedoch muß sie so beschaffen sein, daß sie in eine Geld-

---

[1]) Ein Ausnahmefall, in dem Konnexität gefordert wird, ist in den §§ 8 Abs. 2 u. 9 des Depotgesetzes v. 5. 7. 1896 enthalten.

[2]) Im Gegensatz zur Fassung des rev. österr. Entw. § 50 und zum 1. Nürnberger Entw. Art. 262.

[3]) Goldschmidt S. 1038; Endemann S. 355; v. Hahn S. 173.

forderung — worunter in diesem Sinne auch Entschädigungsforderungen (§ 251 BGB.) zu verstehen sind — übergehen kann.[1]) Das ist mit Recht damit begründet, daß das Endziel der Retention das Befriedigungsrecht ist, was auch von Makower,[2]) der die entgegengesetzte Ansicht vertritt, zugegeben wird; denn mit seinem für die entgegenstehende Ansicht angeführten Argument, daß im Gesetz nichts von einem möglichen Übergehen in eine Geldforderung erwähnt sei, ist nichts gesagt; das Gesetz führt sehr viele Punkte nicht besonders an, die sich von selbst aus dem Zweck des Rechtsinstituts, wie z. B. hier aus dem Endzwecke der Befriedigung ergeben.

Das beiderseitige Handelsgeschäft muß zwischen ihnen, d. h. unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossen sein. Aus dieser Wortfassung des Gesetzes ist zu schließen, daß das Retentionsrecht wegen Forderungen, die durch Abtretung erlangt sind, nicht zur Entstehung kommen kann.[3]) „Hierdurch sollte wie Dernburg[4]) sehr treffend sagt, vermieden werden, daß der Sachenschuldner nicht durch willkürliches Ansichziehen einer Forderung die in seinem Besitz befindliche Sache zu einem Deckungsobjekt machen kann." Hat ein Kaufmann die Forderung eines Dritten gegen den andern Kaufmann durch Zession erworben, so ist die Forderung nicht aus einem zwischen dem Zessionar und dem Schuldner, sondern aus zwischen letzterem und dem Dritten geschlossenen Geschäft hervorgegangen. Es liegt also kein unmittelbar zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossenes Handelsgeschäft vor; da das Gesetz dies aber ausdrücklich verlangt und damit zum Ausdruck bringt, daß die Forderung von dem Gläubiger selbst erworben sein muß, so ist kein Zweifel darüber, daß die zedierten Forderungen schlechthin ausgeschlossen sein sollen. Zu verwechseln ist hiermit nicht der Fall,[5]) daß dann, wenn das

---

[1]) Staub § 369 Anm. 9; Lehmann-Ring § 369 Nr. 6.

[2]) Makower S. 1108 unter III a.

[3]) ROHG. Bd. 5 S. 305; Endemann S. 355; Makower S. 1109; Thoel S. 715; JurW. Jahrg. 1886 S. 199, 25; Gareis-Fuchsberger S. 664 Nr. 281; Lehmann S. 567 Nr. 6 b.

[4]) Dernburg Bd. 3 S. 956; RG. Bd. 9 S. 49; vgl. Prot. S. 455.

[5]) Thoel S. 715; Lehmann-Ring § 369 Nr. 4.

k. Z. bereits besteht, die Möglichkeit vorhanden ist, daß es mit der Forderung übergeht.

Für die aus Order- und Inhaberpapieren entstandenen Forderungen, die von einem Dritten erworben sind, hat das k. Z. dagegen Gültigkeit, denn es handelt sich hier nicht um eine Zession. Der Indossatar eines Orderpapieres erwirbt die Forderung nur so, wie der Inhalt sich aus der im Papiere enthaltenen Erklärung des Schuldners ergibt; der Erwerb ist letzterem gegenüber ein originärer, und der Besitzer des Orderpapieres hat die Forderung gegen den Aussteller des Papieres in dem zwischen ihnen bestehenden unmittelbaren Geschäftsverkehr erworben.[1])

Das für das k. Z. aufgestellte Erfordernis, daß die Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften der beiden Kaufleute entstanden sein muß, kommt selbstverständlich für die Entstehung der durch das Pfandrecht zu sichernden Forderung nicht in Betracht; wie oben schon erwähnt, ist das k. Z. im Gegensatz zum Pfandrecht ausschließlich für den Handelsverkehr bestimmt, und ergibt sich daraus das Erfordernis der beiderseitigen Handelsgeschäfte. Im allgemeinen ist hervorzuheben, daß in gleicher Weise wie beim k. Z. auch die Forderung des Pfandrechts hinsichtlich des Grundes und des Gegenstandes derselben kein bestimmtes Erfordernis aufzuweisen braucht. Jedoch muß auch hier wie beim Retentionsrecht die Forderung so beschaffen sein, daß sie in eine Geldforderung übergehen kann (§ 1228 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal ist betreffs der Übertragung der Forderung festzustellen. Während das k. Z. mit Rücksicht auf die Vorschrift, daß die Forderung aus den zwischen den beiden Kaufleuten geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften herrühren muß, wegen abgetretener Forderungen nicht zur Entstehung kommen kann, ist im Gegensatz dazu beim Pfandrecht in den §§ 1250 und 1252 BGB. ausdrücklich ausgesprochen, daß das Pfandrecht mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht, und daß es ferner mit der Forderung, für die es besteht, erlischt.

Das k. Z. setzt ferner eine fällige Forderung voraus. Der maßgebende Zeitpunkt hierfür ist die Zeit der Geltendmachung

[1]) RG. Bd. 9 S. 45 ff.; Staub § 369 Anm. 7; Schulze S. 29.

des Rechtes;[1]) das sind also die Fälle, in denen dem Verlangen auf Herausgabe der Gegenstände die Einrede der Retention entgegengesetzt wird oder die Klage auf Gestattung der Befriedigung erhoben wird. Nicht immer ist jedoch die Fälligkeit der Forderung zur Geltendmachung des k. Z. erforderlich. Das Gesetz hat in § 370 HGB., um dem Gläubiger noch eine weitergehende Sicherheit für den Fall der Gefährdung seiner Forderungen infolge unsicherer Vermögenslage des Schuldners zu gewähren, eine Erleichterung durch die Einrichtung des sogen. Notzurückbehaltungsrechts gewährt. Hier ist ein k. Z. gegeben, wenn die Forderungen zwar schon entstanden,[2]) aber noch nicht fällig sind, und zwar in den drei Fällen, daß der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet ist, dieser die Zahlung eingestellt[3]) hat oder eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht worden ist. Nur in diesen Fällen ist die Ausnahme der Nichtfälligkeit zugelassen, während das Vorliegen einer anderen Tatsache, aus der sich z. B. die Unsicherheit oder sogar die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners mit großer Gewißheit erwarten läßt, nicht ausreicht (RG. Bd. 3 S. 113—115).[4]) Gemäß § 370 Abs. 2 HGB. hindert die Übernahme einer dem k. Z. entgegenstehenden Verpflichtung die Retention bei Unsicherheit des Schuldners auch in dem Falle nicht, wenn der Übergang der betreffenden Sache auf den Gläubiger oder die Übernahme der Verpflichtung erst nach stattgefundener Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung oder ergebnisloser Zwangsvollstreckung eingetreten ist.

Wenn auch diese das sogen. Notzurückbehaltungsrecht betreffenden Bestimmungen als Ausnahme von dem im § 369 aufgestellten Regelfall aufgeführt werden, so wird doch in der Praxis meistens das k. Z. des § 370 die Regel bilden, denn der Gläubiger wird in der Regel mit Rücksicht auf die Geschäftsverbindung mit

---

[1]) Staub Anm. 8 zu § 369; Düringer-Hachenburg S. 560; Lehmann-Ring Nr. 6 zu § 369.

[2]) Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 370; Makower S. 1130; Staub § 370 Anm. 2; and. M. Thoel S. 714.

[3]) D. h. die erkennbar gewordene Tatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen eines nicht bloß vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln.

[4]) Lehmann S. 569 Nr. 10.

dem Schuldner eine Geltendmachung der Retention möglichst vermeiden; gerät aber der Schuldner plötzlich in Vermögensverfall, so kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, bis zur Fälligkeit zu warten oder sich um eine entgegenstehende Anweisung zu kümmern; er wird sofort sein Recht gemäß § 370 geltend machen.

In gleicher Weise wie ein k. Z. kann auch ein Pfandrecht zur Sicherung einer fälligen Forderung bestellt werden, wenn dies auch nicht als Regelfall für das Pfandrecht gelten darf. Während beim k. Z. nur von fälligen Forderungen gesprochen wird und nur die Nichtfälligkeit in § 370 als Ausnahmefall aufgestellt wird, ist dagegen im Pfandrecht eine Pfandbestellung sowohl für betagte als auch für zukünftige und bedingte Forderungen zugelassen (§ 1204 Abs. 2). Desgleichen ist auch im Gegensatz zum k. Z. eine solche für zedierte Forderungen gegeben. Über verjährte Forderungen ist bei den Erlöschungsgründen zu sprechen.

Zum Schluß der vergleichenden Darstellung der zur Entstehung der beiden Rechte nötigen Voraussetzungen ist noch ein dem Retentionsrecht eigentümliches negatives Erfordernis zu erörtern. Es handelt sich um die Bestimmung des § 369 Abs. 3, um den Ausschluß des k. Z. für den Fall, daß die Retention der Anweisung oder Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widersprechen würde. In bezug auf die im § 369 Abs. 3 zugelassene Privatdisposition, die ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann, ist zu erwähnen, daß die Anweisung des Schuldners, die sich als ein einseitiges Rechtsgeschäft charakterisiert, vor oder bei der Übergabe erfolgt sein muß. Demgegenüber kann die Verpflichtung durch den Gläubiger, die nur durch Vertrag entsteht, auch noch nach der Übergabe, sogar nach Entstehung des k. Z. übernommen werden.[1]) Dies letztere geht daraus hervor, daß das Gesetz nur bei der Anweisung, nicht aber bei der Verpflichtung eine besondere Bestimmung über den Zeitpunkt trifft. Sehr bestritten ist die Frage, welchen Inhalt die Anweisung bezw. Verpflichtung haben muß, um das k. Z. auszuschließen. Jedenfalls ist zuerst das zu berücksichtigen, daß

[1]) Makower S. 1125 unter VII c; Staub Anm. 39 zu § 369.

schon durch die Bestimmung des Abs. 1 ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer der in den Besitz des ersteren gelangten Sachen besteht. Da in jeder Besitzerlangung nach Abs. 1 schon eine Anweisung bezw. Verpflichtung liegen wird, so muß mit der Bestimmung des Abs. 3 ein anderer Zweck verfolgt sein, da ja sonst die Anwendung der Vorschrift des Abs. 1 durch die des Abs. 3 von vornherein ausgeschlossen würde. Der Sinn des letzteren wird richtig erfaßt, wenn man ihn mit Staub[1]) dahin versteht, daß das Retentionsrecht dann nicht Platz greift, wenn nicht bloß die aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden obligatorischen Verhältnisses selbst sich ergebende Rückgabepflicht besteht, sondern wenn außerdem noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart ist, in einer bestimmten Weise, d. h. in einer von dem Schuldner oder beiden Parteien bestimmten Weise mit den Sachen zu verfahren. Dagegen ist der Ansicht Cosacks[2]) nicht beizupflichten, daß sich das k. Z. nur auf solche Fälle beschränke, in denen der Schuldner absichtlich Sachen im Hinblick auf den ihm schon gewährten oder zu gewährenden Kredit in den Besitz des Gläubigers gelangen ließ. Eine solche Einengung des k. Z. — eine solche ist zweifellos hierin zu erblicken — ist nicht im Gesetz begründet. Soll vielmehr die Bestimmung des Abs. 3 einen Sinn haben, so ist nur die eine Auffassung möglich, daß eine Geltendmachung des k. Z. dann ausgeschlossen ist, wenn nicht allein die aus der Natur des obligatorischen Verhältnisses sich ergebende Pflicht besteht, dem Schuldner den Besitz an den Gegenständen, die schließlich nach Erledigung des Zweckes dem Schuldner doch zurückzugeben sind, wieder einzuräumen, sondern wenn außerdem noch eine besondere Vorschrift ausdrücklich erteilt ist, wonach in bestimmter Weise nach der Besitzübergabe an den Gläubiger zu verfahren ist.[3]) Wie nun diese besondere Anweisung bezw. Verpflichtung beschaffen

---

[1]) Staub § 369 Anm. 40; Gareis-Fuchsberger S. 665 Nr. 285; ROHG. Bd. 12 S. 29, Bd. 19 S. 369; ähnlich Schulze S. 32; Gareis, Lehrb. S. 379 Anm. 3; Gareis, Komm. zu § 369 Nr. 19.

[2]) Cosack S. 130.

[3]) RG. Bd. 12 S. 27, Bd. 18 S. 374; JurW. 1900 S. 756, 26; Gruchot Bd. 45 S. 1056; vgl. Sträuli S. 71 ff.

sein muß, um den Ausschluß des k. Z. herbeizuführen, richtet sich jedesmal nach dem einzelnen Fall und seinen Begleitumständen. So wird eine bestimmte Anweisung im Sinne des Abs. 3 z. B. dann anzunehmen sein, wenn dem Gläubiger ein Wechsel vom Schuldner zum Zwecke der Diskontierung ausgehändigt wird, oder wenn bei Hinterlegung einer Ware die Anweisung erteilt wird, sie jederzeit zur Disposition eines Dritten zu halten.[1]) Wird aber in einem dieser Fälle die übernommene Verpflichtung oder die Anweisung zurückgezogen, wird also z. B. die Anweisung, den übergebenen Wechsel zu diskontieren, zurückgenommen, während er sich noch in Händen des Gläubigers befindet, so ist ein k. Z. an den Gegenständen möglich.[2])

§ 7.

Liegen nun alle oben geschilderten Voraussetzungen vor, so kommt damit unmittelbar vermittels Anerkennung durch Rechtssatz das k. Z. zur Entstehung.[3]) Es steht natürlich im Belieben des Gläubigers, ob er das Retentionsrecht ausüben will oder nicht, irgendein Zwang besteht für ihn nicht. Es ist nicht einmal eine Erklärung, daß das k. Z. ausgeübt werde, zur Entstehung nötig,[4]) es entsteht nicht etwa erst mit der Herausgabeverweigerung oder mit der Einleitung des Befriedigungsverfahrens. Es bedarf auch nicht mehr der im Satz 1 des bisherigen Art. 315 ADHGB. vorgeschriebenen Benachrichtigung des Schuldners durch den Gläubiger von der Geltendmachung des k. Z., um dieses zur Entstehung gelangen zu lassen.

Hinsichtlich der Entstehung ist infolge der im Regelfalle stattfindenden Begründung des Pfandrechts durch Vertrag kaum ein wesentlicher Berührungspunkt festzustellen. Zwar gibt es auch zwei andere Entstehungsarten, nämlich das kraft Gesetzes entstehende Pfandrecht und das Pfändungspfandrecht, doch kommt

---

[1]) Ähnliche Fälle führt Lehmann S. 569 unter Nr. 8 an.

[2]) vgl. Hallbauer-Fuchs S. 180 ff.; and. M. Makower S. 1128, welcher nur dann ein k. Z. gewähren will, wenn der Besitzverschaffungswille des Schuldners ein unbedingter ist.

[3]) vgl. Gareis, Lehrb. S. 379.

[4]) Makower § 369 S. 1119; Düringer-Hachenburg S. 565.

für uns in erster Linie das vertragliche Pfandrecht in Betracht, welches als das wichtigste ausführlich im Bürgerlichen Gesetzbuch behandelt ist. Das Sachpfandrecht kommt regelmäßig durch dinglichen Pfandbestellungs- in Verbindung mit dem obligatorischen Verpfändungsvertrag zur Entstehung. Es ist Einigung und Übergabe erforderlich. Jedoch läßt das Pfandrecht auch mehrere von dem Regelfalle der körperlichen Übergabe abweichende Bestellungsarten zu, indem erstens nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 die brevi manu traditio, zweitens nach § 1205 Abs. 2 die Abtretung des gegen einen dritten Besitzer bestehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache mit dem Erfordernis des mittelbaren Besitzes und der Anzeige und drittens nach § 1206 unter Umständen die Einräumung des bloßen Mitbesitzes zugelassen sind, während das constitutum possessorium wegen des Prinzips der Erkennbarkeit ausgeschlossen ist.

Für die Entstehung des Pfandrechts an den unter dem Titel „Pfandrecht an Rechten" aufgeführten Wertpapieren kommt im allgemeinen die Bestimmung des § 1274 BGB. zur Anwendung, wonach die Vorschriften für die Übertragung eines Rechtes für die Entstehung eines Pfandrechtes an Rechten gelten sollen; es wird also im allgemeinen ein formfreier Verpfändungsvertrag genügen. Im besonderen ist jedoch für die Begründung des Pfandrechts an Wechseln oder anderen indossablen Papieren hervorzuheben, daß diese nach § 1292 durch Einigung und Übergabe des indossierten Papiers geschieht. Dagegen scheiden wiederum die Inhaberpapiere nach § 1293 aus dem Pfandrecht an Rechten vollständig aus; für die Begründung des Pfandrechts an diesen Papieren kommt § 1205 des Sachpfandrechts in Betracht.

§ 8.

Was nun den Inhalt des Zurückbehaltungsrechtes anbetrifft, so kann man von zwei darin enthaltenen Rechten sprechen. Erstens darf der Gläubiger die der Retention unterliegenden Sachen wegen seiner gegen den Schuldner bestehenden Forderungen bis zu seiner Befriedigung oder anderweitigen hinreichenden Sicherstellung zurückhalten, d. h. er darf die Sache, die er an sich

herauszugeben schuldig wäre, dem die Herausgabe Fordernden vorenthalten.[1]) Zweitens hat der Gläubiger in Ermanglung rechtzeitiger Sicherung das Recht, die retinierten Gegenstände zu verwerten und sich aus dem Erlöse derselben zu befriedigen. Besonders hervorzuheben ist hier der beiden Rechten gemeinsame Sicherungszweck; gleichwie beide eine Forderung für ihr Bestehen voraussetzen und so ihre akzessorische Natur erkennen lassen, so haben sie beide auch den Zweck, diese Forderung zu sichern.

Der wichtigste Berührungspunkt aber in den beiden Rechtsinstituten ist in dem Befriedigungsrecht des Berechtigten zu erblicken; die für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs kommen auch für das k. Z. zur Anwendung. In beiden Fällen wird dem Berechtigten vor dem Befriedigungsrecht ein Recht zum Besitze gewährt, jedoch ist dies für beide Rechte aus ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen herzuleiten. Während beim Retentionsrecht, wie schon an einer anderen Stelle angedeutet wurde, ein Recht zum Besitze aus irgendeinem anderen Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer der Objekte von vornherein besteht und dann im Regelfalle bei Fälligkeit der Forderung das obenerwähnte Recht der Herausgabeweigerung entsteht, entspringt das Recht zum Besitze beim Pfandrecht unmittelbar aus dem zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger geschlossenen Pfandbestellungsvertrag.

§ 9.

Macht nun der Retentionsgläubiger von seinem Rechte Gebrauch, enthält er die in seinem Besitz befindlichen Sachen dem sie herausfordernden Schuldner vor, so entstehen für ihn daraus gewisse Pflichten, die ihm mit Rücksicht auf das dem Zurückbehaltungsrecht als Grundlage dienende Prinzip von Treu und Glauben im Interesse des Schuldners auferlegt sind.

Aus den allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs ist folgendes zu entnehmen: Es ist selbstverständlich, daß der reti-

[1]) Die Geltendmachung dieser Einwendung führt zur Klageabweisung, nicht wie beim bürgerlichen Retentionsrecht zur bedingten Verurteilung. And. M. Makower S. 1106.

nierende Gläubiger in Verbindung mit dem Besitzrechte die Pflicht der Aufbewahrung und nötigenfalls der Hinterlegung,[1]) und dabei für omnis culpa zu haften hat, d. h. in diesem Falle, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden hat (§ 347 HGB.).[2]) So hat er z. B. im gegebenen Falle für die Gewinnung der Früchte zu sorgen, auch ist er für die rechtzeitige Präsentation eines zurückbehaltenen Wechsels verantwortlich. Trifft den Gläubiger ein Verschulden, so hat er dem Schuldner Schadensersatz (§§ 249 ff. BGB.) zu leisten, und zwar nach § 252 sowohl den wirklichen Schaden als auch den entgangenen Gewinn; nicht geht ihm dadurch sein Retentionsrecht verloren. Gehen die Sachen dagegen durch Zufall unter, so hat der Schuldner den Schaden zu tragen. Ferner ist im Interesse des Schuldners der unten noch zu erörternde Grundsatz aufgestellt, daß bei Teilbarkeit des Retentionsobjektes der Gläubiger nur berechtigt ist, einen der Forderung entsprechenden Teil zu retinieren. Schließlich ist der Gläubiger in der Ausübung seiner Rechte noch dahin beschränkt, daß er dem Schuldner die Retentionsobjekte gegen anderweitige Sicherheitsleistung herauszugeben hat (§ 369 Abs. 4).

An dieser Stelle bietet sich Gelegenheit zur Beantwortung der Frage, ob das k. Z. einen subsidiären Charakter trägt. Diese Frage ist entgegen dem von Thoel[3]) und Korn[4]) in Anlehnung an den Art. 315 ADHGB. vertretenen Standpunkte zu bejahen. Die Subsidiarität ergibt sich sowohl aus dem mehrfach erörterten Zweck des Instituts, das lediglich als Sicherungs- nicht aber etwa als Pressionsmittel zu betrachten ist, als auch aus der soeben angeführten Bestimmung des Abs. 4 § 369; denn hiernach wird das k. Z. zurückgedrängt, sobald anderweitige entsprechende Sicherung vorliegt. Es ist zur Retention entsprechend ihrem Wesen kein Grund mehr vorhanden, wenn der Gläubiger in anderer Weise gesichert ist. Damit ist die Subsidiarität erwiesen (ROHG. Bd. 2 Nr. 15 u. 86). Durch das dem Schuldner in

[1]) Die entsprechenden Bestimmungen des Pfandrechtes sind in den §§ 1215 und 1217 enthalten.

[2]) Schulze S. 44.

[3]) Thoel S. 724.

[4]) Korn S. 25.

Abs. 4 gewährte Recht wird nicht nur das Verkaufsrecht, sondern auch das Zurückbehaltungsrecht selbst beseitigt;[1]) zwar ist dies nicht im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen, jedoch ergibt sich das aus dem Wesen des Retentionsrechtes als eines Sicherungsmittels von selbst. Die grundlose Verweigerung der Rückgabe gegen die angebotene und angemessene Sicherstellung verpflichtet den Gläubiger zum Schadensersatz.[2]) Diese Schadensersatzpflicht im Falle der Rückgabeverweigerung ist deshalb vollständig am Platze, weil die Gegenstände, die er im Besitze hat, für ihn nur als Wertobjekte in Betracht kommen. Für ihn ist es gleichgültig, wenn er nur den einen Wert durch den anderen ersetzt bekommt, während es für den Schuldner häufig von großem Vorteil ist, wenn er für die im Besitze des Gläubigers befindlichen Gegenstände diesem andere gleichwertige gibt, die er besser entbehren kann. Auch würde es als Schikane aufgefaßt werden müssen, wenn der Gläubiger eine andere ausreichende Sicherheit, die ebenso leicht realisierbar ist, zurückweisen wollte. In welcher Art die ebenerwähnte Sicherheitsleistung zu bewirken ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 232—240 BGB., jedoch mit der in § 369 Abs. 4 HGB. aufgestellten Beschränkung, daß die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist.

Wenn auch das k. Z. gegenüber dem Pfandrecht und dem Retentionsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie unten noch zu erörtern ist, eine durchaus selbständige Stellung einnimmt und eine ausgedehnte analoge Anwendung der für diese Institute vorgesehenen Bestimmungen, wie Makower[3]) und Düringer-Hachenburg[4]) es für möglich erklären, nicht angängig erscheint, so ist ebenso, wie im Gesetz die Regeln des Pfandverkaufs für das Befriedigungsverfahren des k. Z. ausdrücklich vorgeschrieben werden, auch die analoge Anwendung einzelner anderer Bestimmungen des Pfandrechts auf das k. Z. gerechtfertigt. So besteht die

---

[1]) ROHG. Bd. 2 S. 383/84; Hahn S. 182; Staub § 369 Anm. 52; and. M. Brandt S. 40 und Schlegelberger S. 239, welcher das k. Z. durch die Sicherheitsleistung nur als gehemmt ansieht.

[2]) Puchelt S. 864; ROHG. Bd. 15 S. 363ff.; and. M. Thoel S. 724.

[3]) Makower zu § 369 I a bis c und

[4]) Düringer-Hachenburg Note 7 zu § 368; Note 5 zu § 371.

dem Pfandgläubiger durch § 1218 Abs. 2 auferlegte Pflicht der Benachrichtigung des Verpfänders bei drohendem Verderb des Pfandes ebenso auch für den Retentionsgläubiger, denn es muß durch die Benachrichtigung von dem drohenden Verderbe der Retentionsgegenstände dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, die nötigen Schritte rechtzeitig tun zu können. Daß die dem Pfandgläubiger gemäß §§ 1215 u. 1217 obliegende Verwahrungs- und Hinterlegungspflicht auch für den Retentionsgläubiger gilt, ist oben schon erwähnt (vgl. S. 69). Dagegen erscheint bei der Grundverschiedenheit des k. Z. und des bürgerlichen Retentionsrechts eine analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des letzteren, wie Makower[1]) es vorschlägt, ausgeschlossen.

Andererseits hat der Gläubiger auch ein Recht darauf, die Auslagen vom Schuldner ersetzt zu bekommen, die er während der Retention durch Aufbewahrung der Sachen gehabt hat. Dieser Ersatzanspruch des Gläubigers tritt natürlich nur dann ein, wenn die Zurückbehaltung eine rechtmäßige ist. Entsprechend diesem Falle, daß dem Recht des Gläubigers eine Verpflichtung des Schuldners gegenübersteht, verhält es sich auch im allgemeinen mit den Rechten und Pflichten des Schuldners. Diese bedürfen also keiner besonderen Erwähnung.

Es ist selbstverständlich, daß mit Rücksicht auf die vertragliche Natur des Pfandrechts im Gegensatz zu dem kraft Gesetzes entstehenden k. Z. eine große Anzahl der für das Pfandrecht gegebenen Vorschriften auf das k. Z. nicht analoge Anwendung finden können. So sind z. B. die §§ 1219—1221 BGB. für das k. Z. nicht anwendbar, da der Retentionsgläubiger nicht das Recht in Anspruch nehmen kann, gegen zufällige Beeinträchtigungen der Retentionsobjekte geschützt zu werden.[2]) Im großen und ganzen gilt aber das, was im allgemeinen über die Pflichten und Rechte beim Retentionsrecht zu sagen war, auch für das Pfandrecht. Die Parteien sind wechselseitig verpflichtet, in bezug auf das Pfandverhältnis die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden (§ 276 BGB.). Für die Beurteilung im einzelnen kommen

[1]) Makower a. a. O. S. 1105 ff.
[2]) Düringer-Hachenburg Note 5 zu § 371.

die allgemeinen Grundsätze mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zur Anwendung (§ 242 BGB.). Auf die in gleicher Weise dem Pfand- wie dem Retentionsgläubiger obliegende Pflicht der Verwahrung und Hinterlegung und auf die Benachrichtigungspflicht bei drohendem Verderb der Retentions- bezw. Pfandobjekte ist schon hingewiesen. Während der Schuldner beim Zurückbehaltungsrecht die Rückgabe der Retentionsobjekte gegen anderweitige Sicherung ohne weiteres verlangen kann, ist dem Verpfänder das Recht der Rückgabeforderung nur gegeben, wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen ist; auch hier ist die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen (§ 1218 BGB.). Im allgemeinen ist für die Rückgabepflicht nach erledigtem Zweck aus dem Wesen des k. Z. zu schließen, daß diese selbstverständlich mit dem Erlöschen des Retentionsrechtes eintritt, wenn nicht der Berechtigte aus dem vor der Retention vorhanden gewesenen Rechtsverhältnisse zum weiteren Besitze an den noch vorhandenen Objekten berechtigt bleibt. Für das Pfandrecht ist die Rückgabepflicht besonders im § 1223 ausgesprochen: Der Pfandgläubiger muß nach dem Erlöschen des Pfandrechtes dem Verpfänder das Pfand zurückgeben. Wann das Erlöschen bei beiden Rechten eintritt, ist unten noch zu erörtern.

Gleich dem Retentionsberechtigten hat der Pfandgläubiger das Recht, Ersatz für die Aufwendungen zu verlangen, die er während der Aufbewahrung in Hinsicht auf die Pfandobjekte gemacht hat, und zwar nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. In Zusammenhang hiermit steht das für beide Rechte in Betracht kommende ius tollendi des Gläubigers (§ 1216 BGB.).

§ 10.

Wenn wir uns nun weiter fragen, in welchem Umfange der Gläubiger das Recht ausüben kann, so haben wir zur Beantwortung dieser Frage zweierlei zu prüfen: Einmal, welchen Umfang das Recht in Ansehung der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen, das andere Mal, welchen Umfang es hinsichtlich der zu sichernden Forderung hat.

Der Gläubiger darf das k. Z. nur so weit geltend machen, als der Wert der zurückbehaltenen Gegenstände den Wert der Forderung nicht übersteigt. Dies ist aus der schon mehrfach erwähnten Natur des k. Z. zu schließen, das vor allem als Sicherungsmittel,[1]) nicht etwa als Mittel, den Gegner zu einer anderweiten Leistung zu nötigen, dienen soll; es darf demgemäß nie in weiterem Umfange ausgeübt werden, als es zur Sicherung und weiterhin zur Befriedigung des Gläubigers nötig ist. Über dieses Ziel der Sicherung hinaus darf das k. Z. deshalb nicht ausgedehnt werden, weil damit ja die Lage des Gläubigers nicht verbessert, die des Schuldners dagegen erheblich verschlechtert würde. Auch kann in dem Falle, daß der Wert der retinierten Gegenstände den Wert der Forderung übersteigt, der Überschuß ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden.[2]) Hieraus ist auch die Folgerung zu ziehen, daß dann, wenn die Forderung des Gläubigers z. B. infolge Zahlung oder Aufrechnung durch den Schuldner herabgemindert ist, dementsprechend das k. Z. auch nur an so viel Gegenständen ausgeübt werden kann, als diese zur Deckung der übriggebliebenen Forderungen dienen (ROHG. Bd. 19 S. 373). Dieser Fall kann natürlich nur bei teilbaren Objekten zur Anwendung kommen, während bei unteilbaren niemals eine Herausgabe derselben verlangt werden kann.

Zu diesem Umfange des k. Z. hinsichtlich der im Besitze des Gläubigers befindlichen Sachen in Höhe der Sicherung steht im scharfen Gegensatz die Haftung im Pfandrecht. Für dieses gilt der gemeinrechtliche, auch im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anerkennung gelangte Grundsatz: pignoris causa est indivisa. Hiernach ergreift die Haftung das Pfandobjekt in allen seinen Bestandteilen und erstreckt sich auch auf die Erzeugnisse, die vom Pfande getrennt werden (§ 1212 BGB.). Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung (§ 1222 BGB.).[3]) Zum Verkaufe darf der Gläubiger natürlich nur so

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 369 Note 12; ROHG. Bd. 2 S. 383, Bd. 9 S. 124, Bd. 15 S. 367, Bd. 18 S. 276; and. M. Thoel S. 713.

[2]) Staub § 369 Anm. 56; and. M. Makower S. 1111 unter 5.

[3]) Nach § 1257 BGB. gilt dasselbe auch für die gesetzlichen Pfandrechte.

viel Pfänder bringen, als zu seiner Befriedigung notwendig sind (§§ 1230, 1282 BGB.).

Anders steht es mit dem Umfange in Ansehung der Forderung. Hier stimmen k. Z. und Pfandrecht vollkommen überein. Im k. Z. richtet sich die Höhe der Forderung nach dem zugrunde liegenden beiderseitigen Handelsgeschäft; außer den Ersatzansprüchen für Verwendungen und den Vertragsstrafen treten noch die vereinbarten Zinsen (§ 367 BGB.), oder wenn keine Vereinbarung stattgefunden hat, die gesetzlichen Zinsen in Höhe von 5 % hinzu.

Ebenso verhält es sich im Pfandrecht. Nach § 1210 haftet das Pfand für die Forderung in deren jeweiligem Bestande, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen, ferner nach § 1210 Abs. 2 für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung. Ebenso tritt eine Haftung für die dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Veräußerung der Retentions- bezw. Pfandobjekte ein.

§ 11.

Damit nun der Retentionsberechtigte die Möglichkeit hat, das zweite ihm zustehende Recht der Befriedigung aus den retinierten Objekten des Schuldners zur Ausführung zu bringen, muß er imstande sein, sein Recht gegenüber Dritten, besonders gegen den Schuldner aufrechtzuerhalten. Letzterer kann das Eigentum an den im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen an Dritte weiter veräußern oder verpfänden, indem er an diese, ohne zugleich den Besitz übertragen zu müssen, einfach den Anspruch auf Herausgabe der Gegenstände gemäß § 931 BGB. abtritt (vgl. die §§ 1032 u. 1205 BGB.). Damit nun der Gläubiger durch diese Abtretung an den Dritten in seinem Besitze nicht geschädigt wird, ist im § 369 Abs. 2 bestimmt, daß dem Dritten gegenüber das k. Z. insoweit besteht, als ihm die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können; damit kommen die im § 986 Abs. 2 BGB. enthaltenen Vorschriften zur Anwendung

Wann muß nun der Dritte die dem Schuldner entgegenstehenden Einreden gegen sich gelten lassen? Bestand das ding-

liche Recht des Dritten — sei es Eigentum, Pfandrecht oder Nießbrauch — schon vor der Entstehung des Retentionsrechtes des Gläubigers, so ist der Dritte den Einreden aus der Person des Schuldners nicht ausgesetzt: das dingliche Recht geht dem Retentionsrechte vor, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger sich in gutem Glauben befand. Ist dagegen das dingliche Recht von Dritten erst erworben, als das k. Z. schon zur Entstehung gekommen war, dann geht das letztere entsprechend den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches vor, und es kommt der Abs. 2 § 369 zur Anwendung.[1])

Dieser Fall tritt also auch unter entsprechender Anwendung des § 986 Abs. 2 BGB. ein, wenn ein Dritter nachträglich ein Pfandrecht an der Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches erwirbt.[2]) Hier treten sich also k. Z. und Pfandrecht mit gleich starken Wirkungen gegenüber; dasjenige Recht, das vor dem anderen entstanden ist, geht diesem in seiner Wirkung vor. Damit könnte man fast zu dem Schlusse kommen, daß das Retentionsrecht gleich dem Pfandrechte, für welches die dingliche Natur anerkannt ist, infolge dieser starken Wirkung gegenüber den dinglichen Rechten Dritter auch dingliche Natur aufweise. Doch ist dieser Standpunkt, wie noch näher bei der rechtlichen Natur zu erörtern ist, durchaus zu verwerfen. Schon allein daraus, daß die in § 369 Abs. 2 dem Gläubiger gewährte Vergünstigung besonders im Gesetz aufgeführt ist, geht klar hervor, daß dies nur als Ausnahme gelten soll, im übrigen aber das k. Z. einen obligatorischen Charakter hat. Eine abgeschwächte Wirkung zeigt es schon gegenüber den gesetzlichen Pfandrechten. Es muß nicht allein vor älteren, sondern auch vor jüngeren gesetzlichen Pfandrechten zurücktreten.[3]) Denn den gesetzlichen Pfandgläubigern können die Einreden gegen den Herausgabeanspruch des Schuldners nicht entgegengehalten werden, weil sie durch das Verhältnis zwischen Retentionsgläubiger und Schuldner nicht betroffen werden;

[1]) Hallbauer-Fuchs S. 182; Düringer-Hachenburg S. 568 Note 6 b.

[2]) Makower S. 1122; Denkschr. S. 212 (vgl. § 1205 Abs. 2 BGB. in Verb. mit § 1227).

[3]) vgl. Lehmann S. 570 Nr. 11; Gareis, Komm. zu § 369 Nr. 18.

sie leiten ihr Pfandrecht nicht von einer Verfügung des Schuldners ab, sondern unmittelbar aus dem Gesetz.[1])

Zu den Rechten, die stets den Vorrang vor dem Retentionsrecht haben, sind außer den gesetzlichen Pfandrechten das unten noch zu besprechende Verfolgungsrecht des unbezahlten Verkäufers und des Einkaufskommissionärs zu zählen.

Auf den bei dieser Erörterung zutage getretenen einschneidenden Unterschied zwischen dem nur mit obligatorischer Wirkung ausgestatteten k. Z. und dem dinglichen Pfandrecht wird noch bei Besprechung der rechtlichen Natur zurückzukommen sein.

Das k. Z. wird im allgemeinen durch den Ausbruch des Konkurses nicht berührt, es bleibt gegenüber der Konkursmasse bestehen. Dieser Grundsatz, der noch im alten Handelsgesetzbuch im Art. 315 enthalten war, ist zugleich mit der Entstehung des neuen Handelsgesetzbuches in die Vorschriften der Konkursordnung aufgenommen, die in § 49 Abs. 4 für das k. Z. eine abgesonderte Befriedigung gewährt. Der Gläubiger hat dieses Recht zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen und schließlich wegen des Kapitals. Voraussetzung ist immer, daß das k. Z. vor dem Konkurse entstanden ist (§ 15 KO. in Verb. mit den §§ 6 u. 7 KO.). Nur in dem obenerwähnten Falle der Geltendmachung des Verfolgungsrechts durch den unbezahlten Verkäufer und den Einkaufskommissionär wird das Retentionsrecht zerstört (§ 44 KO.). Im übrigen behält das k. Z. im Konkurse seine Wirkungen; es wird sogar, wenn es vorher noch nicht zur Entstehung gekommen ist, dadurch in derselben gefördert, daß es nach § 370 HGB. beim Konkurse des Schuldners ausnahmsweise schon wegen nicht fälliger Forderungen und auch dann, wenn eine besondere Abmachung nach § 369 Abs. 3 entgegensteht, geltend gemacht werden kann. Im Konkurse stehen k. Z. und Pfandrecht in ihrer Geltendmachung an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen vollständig gleich. Das dem Retentionsberechtigten im § 49 Abs. 4 KO. gewährte Recht auf abgesonderte Befriedigung ist dem des Pfandgläubigers, welcher an einem zur

---

[1]) Cosack S. 131 II; Dernburg Bd. 3 S. 959; Meyer S. 32; Makower S. 1123 unter Nr. 4; Staub Anm. 33 zu § 369.

Konkursmasse gehörigen Gegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht hat, gleichgestellt (§ 48 KO.). Mit diesem und demzufolge auch mit dem k. Z. sind die gesetzlichen Pfandrechte und das durch Pfändung erlangte Pfandrecht auf gleiche Stufe gestellt (§ 49 Abs. 2 KO.).

Zum Schlusse sind noch mehrere für alle Absonderungsberechtigte, also für den Retentions- und Pfandgläubiger in gleicher Weise geltende Vorschriften der Konkursordnung zu erwähnen. Der an die Stelle des Gemeinschuldners tretende Konkursverwalter übernimmt alle sonst dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte. Damit er diese gegebenenfalls auch ausüben kann, ist dem Retentions- sowohl wie dem Pfandgläubiger die Pflicht auferlegt, dem Konkursverwalter gemäß § 118 KO. von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für die sie im Konkurse abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen; andernfalls haben sie Schadenersatz zu leisten. Der Verwalter ist dann, wenn er nicht etwa die Sachen den Gläubigern zur Befriedigung überlassen will, nach § 27 KO. berechtigt, selbst die Verwaltung nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Zu diesem Zwecke steht dem Verwalter nach § 120 KO. das Recht zu, sich die Sachen zur Ansicht und Abschätzung vorlegen zu lassen. Nimmt der Verwalter die Verwertung auf dem im § 127 KO. vorgeschriebenen Wege vor, so kann der Gläubiger nicht widersprechen, sondern er kann seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen (§ 127 Abs. 1 Satz 2 KO.).

§ 12.

Stehen der Geltendmachung des k. Z. keine Hindernisse der geschilderten Art entgegen und ist der Schuldner nicht in der Lage, die Ausübung des k. Z. durch Sicherheitsleistung abzuwenden, so kann der Gläubiger nunmehr neben dem Rechte der Zurückbehaltung auch von dem zweiten ihm gewährten Rechte der Befriedigung Gebrauch machen. Auf welchen Wegen kann nun der Gläubiger seine Befriedigung erlangen?

Diese kann auf zweierlei Weise erfolgen, entweder im Wege der Zwangsvollstreckung oder nach den Vorschriften des Pfandverkaufs. Durch die Möglichkeit der letzteren Befriedigungsart kommt das k. Z. dem Pfandrechte sehr nahe, jedoch ist ein sehr wichtiger Unterschied festzustellen, der die Durchführung der Befriedigung beim Retentionsrecht bedeutend schwieriger macht, als es beim Pfandrechte der Fall ist. Dieser besteht darin, daß die Befriedigung des Gläubigers aus den retinierten Gegenständen jedesmal, mag sie auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder nach Maßgabe der Vorschriften über den Pfandverkauf geschehen, nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen kann, während dem Pfandgläubiger das Recht des privaten Verkaufs ohne weitere Voraussetzungen gewährt ist.

Sucht der Retentionsgläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, so hat er zunächst seine durch die Retention gesicherte Forderung einzuklagen, dann kann er auf Grund des so erlangten Schuldtitels[1]) die Pfändung in die Retentionsobjekte durch den Gerichtsvollzieher vornehmen und dieselben nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung (§§ 814 ff.) versteigern lassen; der nach diesen Vorschriften erfolgende Verkauf bringt ihm die Befriedigung.

Die zweite für unser Thema wichtigere Möglichkeit der Befriedigung ist die nach den Vorschriften des Pfandverkaufs, die, wie schon gesagt, erst nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels eintritt. In der Denkschrift[2]) wird diese Erschwerung der Realisierung im Retententionsrecht gegenüber dem Pfandrechte damit begründet, „daß die Befriedigung aus Pfändern, und zwar nicht bloß bei dem vertragsmäßigen, sondern auch bei dem gesetzlichen Pfandrechte eine gerichtliche Anordnung nicht mehr erfordere, daß dies aber nicht dahin führen könne, in Ansehung der Geltendmachung des k. Z. von einer gerichtlichen Mitwirkung abzusehen. Während sich beim gesetzlichen Pfandrechte eine solche Mitwirkung entbehren lasse, weil es immer nur wegen bestimmter Forderungen bestehe, die eine Beziehung zu dem Pfandgegenstande hätten, so

[1]) vgl. §§ 704 u. 794 ZPO.; vgl. Planitz S. 25.
[2]) Denkschr. S. 229/30.

treffe dies bezüglich des k. Z. nicht zu. Die Forderung, für die das k. Z. geltend gemacht, und die Gegenstände, an denen es ausgeübt werde, brauchten in keinem Zusamenhange zu stehen, auch seien die Voraussetzungen des k. Z. keineswegs immer leicht und einfach festzustellen". Die entscheidenden Gründe, die für eine Erschwerung der Realisierung beim k. Z. maßgebend gewesen sind, werden aber die sein, daß beim Vertragspfandrecht die einfache Form des privaten Verkaufs meistens dem Willen beider Parteien entsprechen wird, während ein solcher Fall bei dem k. Z. als einem kraft Gesetzes entstehenden Rechte wohl kaum eintreten würde, daß ferner das k. Z. nicht allein als Befriedigungsmittel dienen soll, sondern in erster Linie die Forderung des Gläubigers zu sichern und dann erst zu befriedigen bestimmt ist.

Bevor wir uns nun dem Befriedigungsverfahren nach Maßgabe der Vorschriften über den Pfandverkauf zuwenden, ist hinsichtlich der verschiedenen Arten der Befriedigung für das Pfandrecht im Vergleiche zu den beiden Befriedigungsarten des k. Z. hervorzuheben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch als Regel den für das k. Z. in Betracht kommenden Privatverkauf des Pfandes hinstellt. Hierfür bedarf es, wie gesagt, keines vollstreckbaren Titels, nur für das Pfandrecht an Rechten ist im § 1277 bestimmt, daß der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen kann.[1]) Das Pfandrecht ist zum Unterschied vom k. Z. ohne Verkaufsrecht nicht denkbar. Während das letztere durch die in § 369 Abs. 3 zugelassene Parteivereinbarung vollständig ausgeschlossen und somit auch das Verkaufsrecht des Gläubigers zunichte gemacht werden kann,[2]) ist nach § 1245 BGB. eine andere Art der Pfandverwertung als durch Verkauf unmöglich;[3]) wird der Verkauf durch Vertrag ausgeschlossen, so liegt kein Pfandrecht mehr vor, sondern der Pfandgläubiger hat dann an der Sache nur ein vertragsmäßiges

[1]) Ausnahmen von dieser Ausnahmevorschrift finden sich z. B. in den §§ 1282, 1293, 1295 BGB.

[2]) Gareis-Fuchsberger Anm. 274 S. 663; Laband S. 501; Goldschmidt § 98.

[3]) Biermann S. 466 zu § 1245 und Anm. 2 zu § 1228.

Zurückbehaltungsrecht.[1]) Wohl aber können Pfandgläubiger und Eigentümer nach den Vorschriften des § 1245 eine abweichende Art des Verkaufes vereinbaren. Jeder Beteiligte kann ferner eine andere Verkaufsart verlangen, wenn dieselbe nach billigem Ermessen im Interesse der Beteiligten liegt (§ 1246 BGB.). Im Gesetz ist als abweichende Art des Pfandverkaufs noch der Verkauf aus freier Hand für die beiden Fälle zugelassen, wenn das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis hat (§ 1221 BGB.), und wenn bei Gold- und Silberwaren in der öffentlichen Versteigerung das Höchstgebot den Gold- oder Silberwert nicht erreicht hat § 1240 Abs. 2). Schließlich ist noch die Art des Verkaufs nach der Vorschrift des § 1233 Abs. 2 zu erwähnen: Pfand- und Retentionsgläubiger können den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen, wenn sie für ihr Recht zum Verkaufe schon einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt haben. Kurz zu erwähnen ist, daß diese abweichende Art des Verkaufs deshalb für den Gläubiger vorteilhafter sein kann, weil an die Stelle der einmonatigen Frist des § 1234 Abs. 2 BGB. die einwöchige Frist des § 816 ZPO. tritt.

Nach dieser kurzen Erörterung der Abweichungen in der Art der Befriedigung wenden wir uns wieder dem Befriedigungsverfahren nach Maßgabe der Vorschriften des Pfandverkaufs zu. Der für das Retentionsrecht stets erforderliche vollstreckbare Titel ist regelmäßig nur durch Erhebung einer förmlichen Klage zu erwirken, die auf einen das Retentionsrecht als begründet anerkennenden und die Befriedigung gestattenden Richterspruch gerichtet ist.[2]) Die Klage geht, wie das Gesetz es selbst in §§ 371 Abs. 4 u. 372 Abs. 2 ausspricht auf Gestattung der Befriedigung. Eine Berücksichtigung des k. Z. von Amts wegen findet nicht statt, sofern es nicht vom Retentionsgläubiger geltend gemacht wird.[3]) Dadurch, daß durch die Klageerhebung die Parteien vor das Gericht verwiesen werden, ist bezweckt, dem

[1]) Biermann S. 451.

[2]) Recht 10. Jahrg. Nr. 24 S. 1428; Oertmann im Bankarchiv a. a. O. S. 143; and. M. Makower S. 1133 unter b4; Lehmann S. 570 Nr. 12.

[3]) Gareis-Fuchsberger S. 663; RG. Bd. 2 S. 74.

Schuldner Gehör zu verschaffen. Er kann jetzt Einwendungen aller Art machen, so besonders das Bestehen, die Höhe und Fälligkeit der Forderung, weiter auch die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Retentionsrechtes bestreiten, während der Gläubiger zur Begründung seiner Klage z. B. das Bestehen und die Fälligkeit der Forderung nachweisen muß. Im Interesse des Gläubigers ist ferner im § 371 Abs. 4 die Bestimmung getroffen, daß diese Klage auf Gestattung der Befriedigung nicht nur bei dem Gericht erhoben werden kann, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, sondern auch bei dem Gericht, in dessen Bezirk für den Gläubiger der allgemeine Gerichtsstand oder derjenige der Niederlassung begründet ist. Es tritt hier also der seltene Fall ein, daß der Schuldner dem Gläubiger folgen muß. Die Klage[1]) richtet sich nach § 371 Abs. 3 gegen den Eigentümer, im Falle des § 369 Abs. 1 Satz 2, wenn also der Gläubiger selbst Eigentümer der Gegenstände ist, gegen den Schuldner. Hat ein Dritter nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers das Eigentum an den Retentionsobjekten erlangt, so ist dem Gläubiger durch § 372 Abs. 1 HGB. die Vergünstigung gewährt, daß er die zur Verwirklichung seines Rechtes erforderlichen Handlungen trotzdem gegen den Schuldner richten kann, sofern er nicht weiß, daß derselbe nicht mehr Eigentümer ist (vgl. § 1248 BGB.).[2]) Ferner muß nach der Bestimmung des § 372 Abs. 2 der Dritte, der das Eigentum nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers erworben hat, das gegen den Schuldner ergangene Urteil gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer war. Soweit der Gläubiger gegenüber Dritten nach § 369 Abs. 2 das Herausgabeverweigerungsrecht geltend machen kann, hat er auch diesen gegenüber ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (vgl. § 371 Abs. 1 Satz 2 HGB.).[3])

Im Gegensatz zu dieser Wirkung des k. Z. gegenüber Dritten hinsichtlich seiner Geltendmachung und der Befriedigung ist für

[1]) vgl. Korn S. 87 ff. über die Retentionsklage.

[2]) Lehmann-Ring § 372 Nr. 1; Hallbauer-Fuchs S. 182.

[3]) Makower S. 1132 unter Ib; Staub Anm. 2 zu § 371; Lehmann-Ring § 371 Nr. 5.

das Pfandrecht aus seiner dinglichen Natur der Schluß zu ziehen, daß jeder dritte Erwerber der Sache die Befriedigung des Pfandgläubigers dulden muß.[1])

Ist nun durch das gerichtliche Urteil dem Gläubiger das Recht zugesprochen, sich aus den retinierten Gegenständen zu befriedigen, so erfolgt diese nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Pfandverkauf. Dieser ist eingehend in den §§ 1233 ff. BGB. geregelt; es erübrigt sich, auf diesen näher einzugehen. Da, wie gesagt, diese Vorschriften für das Befriedigungsverfahren im Retentionsrecht gemäß § 371 Abs. 2 in Anwendung kommen, so gehen in diesem Punkte die beiden Rechtsinstitute vollständig ineinander über.

Die Wirkungen des Verkaufs äußern sich in der Weise, daß, wenn ein vollstreckbarer Titel für die Geltendmachung des Rechts vorliegt und der Verkauf in der in den §§ 1233 ff. BGB. geschilderten Weise stattgefunden hat, dieser ein rechtmäßiger ist, d. h. der Erwerber erlangt nach § 1242 dieselben Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte.

Ist aber gegen den Inhalt der §§ 1228 Abs. 2, 1235 u. 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen, so ist der Verkauf, wie § 1243 besagt, nicht rechtmäßig. Für das k. Z. tritt noch besonders die Bestimmung hinzu, daß auch dann der Verkauf ein unrechtmäßiger ist, wenn derselbe ohne vorherige Erwirkung des vollstreckbaren Titels erfolgt ist (§ 371 Abs. 3 Satz 2 HGB.). Die Folgen, die das Gesetz an die Unrechtmäßigkeit des Verkaufs für den Erwerber knüpft, sind im § 1244 ausgesprochen. Der Erwerber erlangt das Eigentum nur dann, wenn er gutgläubig ist, und zwar wird ihm der Schutz des guten Glaubens in den beiden Fällen gewährt, wenn er eine als Pfand zum Verkauf gestellte Sache im guten Glauben an das Pfandrecht des Verkäufers und an die Rechtmäßigkeit der Veräußerung erwirbt,[2]) jedoch muß die Veräußerung nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften erfolgt sein oder diejenigen über die beiden

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg S 484.

[2]) Planck § 1244 Anm. 1; Biermann Anm. 1 zu § 1244; Kretschmar § 1244 Nr. 3.

Fälle des Verkaufs aus freier Hand beachtet sein. Verstößt der Gläubiger gegen andere Vorschriften des Pfandverkaufs als die, deren Nichtbeachtung die Veräußerung als eine unrechtmäßige darstellen, so ist zwar der Verkauf rechtmäßig, es bleibt auch dem Gläubiger sein Recht erhalten, jedoch ist er dem Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihn ein Verschulden trifft (§ 1243 Abs. 2 in Verb. mit § 347 HGB.).

In Hinsicht auf die der Befriedigung unterliegenden beweglichen Sachen sind für das k. Z. und das Pfandrecht die gleichen Merkmale festzustellen.[1]) Bei körperlichen Sachen und Inhaberpapieren (§ 1293 BGB.) findet die Befriedigung durch Verkauf gemäß den §§ 1228—1247 BGB. statt, wobei nochmals hervorzuheben ist, daß die einmonatige Frist des Pfandrechts beim k. Z. nur eine Woche beträgt.[2]) Für die Orderpapiere gilt insbesondere § 1295, der dem Gläubiger das Recht zum freihändigen Verkauf gibt, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat.[3]) Bei anderen Wertpapieren, die ein Forderungsrecht begründen, findet die Einziehung gemäß § 1282 BGB. statt. Für Inhaberpapiere, Wechsel und sonstige indossablen Papiere, wie z. B. Lade-, Lagerschein und Konnossement, ist im § 1294 bestimmt, daß dem Gläubiger das Recht der Einziehung auch dann zustehen soll, wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind.[4]) Für Wertpapiere, die weder der einen noch der anderen Gattung angehören, wie z. B. Namensaktien ohne Börsenpreis, ist nur der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben (§ 1277 BGB.).[5])

§ 13.

Das k. Z. kommt, wie wir im Verlaufe der Abhandlung gesehen haben, nur zur Entstehung, wenn gewisse im Gesetz geregelte Voraussetzungen vorliegen. Gehen diese nach Entstehung des Rechtes unter, so wird damit auch das k. Z. zum Erlöschen gebracht.

---

[1]) vgl. Denkschr. S. 230.
[2]) vgl. Gareis, Lehrb. S. 380/81.
[3]) Planck zu § 1295.
[4]) Biermann Anm. 3 zu § 1277.
[5]) Kretschmar Anm. 3 zu § 1295.

So ist das Bestehen des k. Z. davon abhängig, daß dem Gläubiger gegen den Schuldner eine Forderung zusteht. Fällt diese Forderung fort, so erlischt damit auch das Recht, und zwar führt nicht allein die Erfüllung der Forderung, sondern auch die sogen. Erfüllungssurrogate, wie Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß, den Untergang des Retentionsrechtes herbei.[1]) Ebenso ist hierhin auch die Konfusion, d. h. das Zusammentreffen von Eigentum und Recht in einer Person zu rechnen,[2]) wobei allerdings die im § 369 Abs. 1 Satz 2 enthaltene Einschränkung bezüglich des Eigentums zu berücksichtigen ist.

Entsprechend dem streng akzessorischen Charakter des Pfandrechts ist im § 1252 ausdrücklich hervorgehoben, daß das Pfandrecht mit der Forderung, für die es besteht, erlischt. Daß auch durch Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentume in derselben Person das Pfandrecht zum Erlöschen gebracht wird, ist im § 1256 ausgesprochen.

Eine weitere Voraussetzung, durch deren Wegfallen das Retentionsrecht zum Erlöschen gebracht wird, sind die Objekte. Der Untergang oder der Verlust des Gewahrsams an den Retentionsobjekten hat in jedem Falle das Erlöschen des k. Z. zur Folge, mag der Untergang mit oder ohne Verschulden, mag der Verlust des Besitzes mit dem Willen oder gegen den Willen des Retentionsgläubigers erfolgt sein.[3]) Im ersteren Falle ist durch den Untergang jedesmal die Möglichkeit der Retention ausgeschlossen. Hat im zweiten Falle der Gläubiger durch Verzicht den Besitz aufgegeben, so erlischt das k. Z. für immer. Erlangt er aber den ihm gegen seinen Willen entzogenen Besitz wieder, so lebt das alte Retentionsrecht wieder auf. Im Anschlusse hieran ist betreffs einer innerhalb oder außerhalb des Konkurses durchgeführten Anfechtung zu erwähnen, daß durch die Anfechtung dem

---

[1]) Makower S. 1120 zu § 369 V d, 4; Staub Anm. 64 zu § 369.

[2]) Korn S. 104; Lehmann-Ring Nr. 21 zu § 369; Mankel S. 78; Sträuli S. 126.

[3]) Puchelt S. 857; Cosack S. 132 Nr. 5; Makower S. 1120 unter Nr. 3; Düringer-Hachenburg § 369 Note 6e; neuerdings auch Staub Anm. 62 zu § 369, nachdem auch er die Dinglichkeit des k. Z. verneint hat; vgl. Sträuli S. 127.

Gläubiger der Besitz der Objekte und damit eine wesentliche Voraussetzung der Geltendmachung des Retentionsrechtes entzogen ist daß damit also auch das Recht zum Erlöschen gebracht wird.

In gleicher Weise wie das Retentionsrecht erlischt auch das Pfandrecht durch Untergang der Sache; auch durch freiwillige Besitzaufgabe geht dasselbe unter,[1]) besonders durch Rückgabe[2]) der Pfandsache, auch wenn die Fortdauer des Pfandrechts ausdrücklich vereinbart worden ist (§ 1253 BGB.). Dagegen ist entsprechend dem dinglichen Charakter des Pfandrechts ein unfreiwilliger Besitzverlust ohne Folgen: das Pfandrecht erlischt nicht.[3])

Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsgesetzbuchs erlöschen ohne weiteres mit dem Verlust des Besitzes, sie sind überhaupt an die Fortdauer des Besitzes gebunden;[4]) eine Vergünstigung tritt aber u. a. z. B. für den Frachtführer dadurch ein, daß ihm das Pfandrecht noch drei Tage nach der Ablieferung zusteht, falls es in dieser Frist geltend gemacht wird und der Empfänger noch im Besitze der Sache ist (§ 440 Abs. 3 HGB.). Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erlischt nach § 560 BGB. mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt.

Im Gegensatz zum Pfandrechte endet das k. Z. entgegen der Ansicht Lehmann-Rings,[5]) welche den § 223 BGB. analog auf das Retentionsrecht anwenden, durch Verjährung der Forderung. Der § 223, nach dessen Vorschrift die Geltendmachung und Befriedigung eines verjährten Anspruchs, für den ein Pfandrecht oder eine Hypothek besteht, möglich ist, enthält eine Ausnahme von der gewöhnlichen Wirkung der Verjährung, und es erscheint trotz der vielen Berührungspunkte zwischen beiden Rechten nicht angängig, diese Ausnahmebestimmung dahin zu erweitern, daß man sie auch für das k. Z. analog anwendbar erklärt und letzteres trotz Verjährung der Forderung fortbestehen läßt. Die Verjährung

---

[1]) Stobbe S. 703.
[2]) Düringer-Hachenburg S. 511 Note 5, 4; Kretschmar S. 681.
[3]) Planck zu § 1253.
[4]) Gierke S. 994.
[5]) Lehmann-Ring § 369 Nr. 21.

wird durch die das Forderungsrecht sichernde Retention nicht betroffen, insbesondere wird auch, wie Korn[1]) treffend sagt, der Beginn der Verjährung durch den Besitz der Retentionsobjekte nicht gehemmt, vielmehr hebt sie die Forderung vollständig auf, ohne etwa eine Naturalobligation übrig zu lassen und dadurch die Befriedigung für eine verjährte Forderung mittels Ausübung des k. Z. zu ermöglichen.

Weiter erlischt das k. Z. des Gläubigers durch die Annahme anderweitiger Sicherung,[2]) denn dadurch verzichtet der Gläubiger auf die ursprünglichen Retentionsobjekte; außerdem widerspräche es dem für das Handelsgesetzbuch geltenden Grundsatze von Treu und Glauben, wenn der Gläubiger neben der erhaltenen anderweitigen Sicherung auch noch die alten Objekte in Händen behalten wollte. Es kann natürlich mit dem Erlöschen der Sicherheit das Retentionsrecht wieder neu entstehen.[3])

Während also der Retinent seine Deckung gegen Stellung anderweitiger Sicherheit herausgeben muß, ist dagegen der Pfandgläubiger zur Herausgabe der Pfandsachen nicht eher verpflichtet, als bis seine Pfandforderung befriedigt ist (§ 1223 Abs. 2).[4])

Dagegen weisen viele gesetzliche Pfandrechte des bürgerlichen Rechts in diesem Punkte eine Ähnlichkeit mit dem k. Z. auf, indem auch das Pfandrecht des Mieters, des Pächters und des Gastwirts durch Sicherheitsleistung zum Erlöschen gebracht werden kann.

Inwieweit die Rechte Dritter das k. Z. zum Erlöschen bringen können, ist oben in vergleichender Darstellung mit dem Pfandrechte ausführlich erörtert.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die oben besprochene Parteivereinbarung gemäß § 369 Abs. 3 HGB. nicht als Erlöschungsgrund des k. Z. angesehen werden kann, denn durch diese Vereinbarung kann nur der Ausschluß des Retentionsrechtes, also die Verhinderung der Entstehung des Rechtes bewirkt werden.

---

[1]) Korn S. 103; Pick S. 62; ähnlich Planitz S. 30.

[2]) Puchelt S. 862; Makower S. 1120; and. M. Schlegelberger S. 239, der das k. Z. durch die Sicherheitsleistung als gehemmt ansieht.

[3]) Lehmann-Ring Nr. 18 zu § 369.

[4]) Eine Ausnahme bildet § 1218 BGB.

Ist allerdings die Verpflichtung im Sinne des Abs. 3 vom Gläubiger erst nach Entstehung des k. Z. übernommen worden, so erlischt damit das bereits entstandene Recht.[1])

Am Schlusse sei noch auf einzelne schon besprochene Fälle hingewiesen, in denen das k. Z. nicht erlischt. Dies ist besonders der Verlust der Kaufmannseigenschaft. Ebenfalls wird durch den Tod einer Partei das Recht nicht berührt. Ferner wird durch die Zurückweisung einer vom Schuldner angebotenen anderweitigen Sicherheit das Retentionsrecht nicht zum Erlöschen gebracht, der Gläubiger ist aber zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 14.

Im Verlaufe der Abhandlung hatten wir Gelegenheit, das k. Z. in vergleichender Darstellung mit dem Pfandrechte hinsichtlich seiner Entstehung, seines Inhalts, seiner Wirkung und Beendigung zu betrachten. Alles was hierüber gesagt worden ist, knüpft zum großen Teile an die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 369—372 HGB. an. Das k. Z. ist in diesen Paragraphen so eingehend behandelt, die Grenzen für den Inhalt und für die Anwendung des Rechts sind so scharf gezogen, daß sich hierüber in der Praxis selten erhebliche Meinungsverschiedenheiten bilden werden. Nicht aber ist für das k. Z., wie es im § 1204 BGB. für das Pfandrecht geschehen ist, eine Definition desselben gegeben. Die rechtliche Natur des k. Z. festzustellen, ist der Wissenschaft überlassen und hat dieser Gelegenheit gegeben, sich mit den verschiedensten Ansichten gegenüberzutreten.

Hierbei hat man versucht, das k. Z. mit einer Reihe bestehender Rechtsinstitute derart in Verbindung zu bringen, daß es als Abart oder als Fortsetzung eines dieser Institute oder als diesem sehr ähnlich bezeichnet worden ist.

Von den verschiedenen Anschauungen seien die hauptsächlichsten kurz angeführt:

---

[1]) Makower S. 1120 u. 125 VIIc; Staub Anm. 39 zu § 369.

Thoel[1]) äußert sich dahin, daß das k. Z. in seinen Wirkungen ähnlich (teilweise gleich, teilweise ungleich) dem Faustpfandrecht sei.

Laband[2]) erscheint das Zurückbehaltungsrecht als ein qualifiziertes Retentionsrecht, das sich einerseits vom kaufmännischen Faustpfande, anderseits vom bürgerlichen Retentionsrechte unterscheide.

Puchelt[3]) meint, das Zurückbehaltungsrecht gewähre im wesentlichen gesetzliches Pfandrecht, welches in einzelnen Wirkungen nach Art eines gewöhnlichen Retentionsrechtes abgeschwächt, in anderen einem Kompensationsrecht ähnlich sei.

Wolff[4]) definiert das k. Z. dahin, indem er es ein Zwitterding nennt, das sich in das bestehende Rechtssystem nicht naturgemäß einfügen will, daß es ein modifiziertes Pfandrecht sei, dessen Umfang und Wirkung gegenüber dem ordentlichen Pfandrechte eingeschränkt worden sei.

Staub[5]) bezeichnet es als ein pfandähnliches Institut, das allerdings kein wahres Pfandrecht sei.

v. Hahn[6]) vertritt die Ansicht, daß das neue Institut in der Mitte zwischen dem römischen Retentionsrecht und der Kompensation steht und bei seiner Ausbildung im einzelnen sich auch dem Pfandrecht und der Arrestlegung nähert.

Dernburgs[7]) Ansicht ist aus verschiedenen Punkten dahin zusammenzufassen, daß er dem k. Z. insoweit eine pfandrechtliche Art zuspricht, als es auch Befriedigung und Absonderung gewährt, in seiner Wirkung aber dahin eingeschränkt ist, daß es gegen später entstandene gesetzliche Pfandrechte oder Retentionsrechte versagt.

Endlich bezeichnet Goldschmidt[8]) das k. Z. als ein eigentümliches Rechtsinstitut, und zwar seinem überwiegenden Charakter

---

[1]) Thoel S. 713.
[2]) Laband S. 484; ähnlich Lehmann S. 566 Nr. 5.
[3]) Puchelt S. 952 zu Art. 313 Nr. 2.
[4]) Wolff S. 256—260.
[5]) Staub Anm. 1 zu § 369; ähnlich Cosack S. 132 unter VI.
[6]) v. Hahn S. 171.
[7]) Dernburg Bd. 3 S. 959.
[8]) Goldschmidt S. 1031/32.

nach als ein gesetzliches Pfandrecht, in vielen Beziehungen aber mit den schwächeren Wirkungen eines Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen nach Art eines Arrest-, in anderer Beziehung nach Art eines Kompensationsrechtes gestaltet.

Wie wir sehen, geht die Mehrzahl der Ansichten dahin — und damit kommt sie dem Ziele am nächsten —, daß das k. Z. ein die Sicherung von Forderungen bezweckendes Rechtsinstitut ist, das in seinen Wirkungen dem Pfandrechte gleichkommt.

Dies hat uns veranlaßt, in der Abhandlung näher auf das Verhältnis des k. Z. und des Pfandrechts einzugehen. Bevor wir jedoch dazu übergehen, uns durch einen Rückblick auf unsere vergleichende Darstellung eine bestimmte Ansicht über die rechtliche Natur des k. Z. zu bilden, ist es nötig, zuerst kurz durchzuführen, weshalb die Ansichten, die das k. Z. als ein dem bürgerlichen und dem gemeinen Retentionsrechte und dem Kompensationsrechte ähnliches Rechtsinstitut hinzustellen suchen, zu verwerfen sind. Zu dem ersten Punkt, daß die Annäherung an das bürgerliche Retentionsrecht nicht gerechtfertigt erscheint, ist folgendes zu bemerken:

Das in den §§ 273, 274 BGB. behandelte bürgerliche Retentionsrecht,[1]) welches als Fortsetzung des gemeinen Retentionsrechtes zu betrachten ist, kommt zur Anwendung, wenn jemand aus demselben rechtlichen Verhältnis,[2]) auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Er kann in diesem Falle die Leistung so lange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist. Ferner ist es gegeben, wenn jemand an und für sich zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ihm aber wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens ein fälliger Anspruch zusteht.

Der Unterschied besteht im ersteren Falle darin, daß bei dem k. Z. dem Gläubiger die Befugnis zusteht, die in seinen Besitz gelangten Sachen des Schuldners zu retinieren, während es sich beim bürgerlichen Retentionsrechte nicht um ein bloßes Retinieren,

---

[1]) vgl. Schulze, Gegenüberstellungen S. 33—36, 50—53 u. 60—62, welcher trotz der von ihm festgestellten Unterschiede beide Institute als ihrer rechtlichen Natur nach gleichartig hinstellt.

[2]) vgl. RG. Bd. 57 S. 5, Bd. 59 S. 202.

sondern um eine Leistungsverweigerung handelt. Im zweiten Falle ist allerdings bei beiden Rechten von einem Zurückbehalten die Rede, die gleichartige Ausübung beruht aber auf ganz verschiedenen Motiven: Während der kaufmännische Retentionsberechtigte sein Recht deshalb geltend macht, um in den Retentionsobjekten ein Deckungsmittel für seine Forderung zu haben, bezweckt der bürgerliche Retentor vor allem durch die Zurückbehaltung einen Zwang auf den Schuldner auszuüben,[1]) seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger nachzukommen, während der Sicherungszweck erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Das bürgerliche Retentionsrecht ist auf die Leistungsverweigerung beschränkt; es kann nur einredeweise vermittels der (dem gemeinen Retentionsrecht eigentümlichen) exceptio doli geltend gemacht werden, und zwar mit der Wirkung, daß eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgt. Das k. Z. dagegen geht viel weiter,[2]) indem es dem Gläubiger im Anschluß an das Recht der Zurückbehaltung zum Zwecke der Sicherung auch eine Verkaufsbefugnis gewährt. Bezüglich des Anspruches, wegen dessen retiniert wird, ist wiederum für das k. Z. eine Einschränkung dahin zu treffen, daß hier nur Forderungen, und zwar Geldforderungen oder solche, die in eine Geldforderung übergehen können, in Betracht kommen, während für das bürgerliche Retentionsrecht allgemein ein Anspruch vorausgesetzt wird, dessen Inhalt gleichgültig ist. Es verlangt aber Konnexität der Ansprüche,[3]) während das k. Z. dem Gläubiger Sicherheit für alle seine Forderungen gegen den Schuldner gewährt; an Stelle des das Recht einengenden rechtlichen Zusammenhanges zwischen dem Anspruch des Retinenten und der Gegenleistung wird aber für das k. Z. ein rein tatsächlicher verlangt[4]):

---

[1]) Planitz S. 32; ROHG. Bd. 2 S. 383, Bd. 15 S. 99; Lehmann S. 566 Nr. 5.

[2]) vgl. Oertmann im Bankarchiv a. a. O.

[3]) Im Falle des § 273 Abs. 2 hat der Gesetzgeber wegen des engen Zusammenhanges von Anspruch und Gegenanspruch in bezug auf denselben Gegenstand das Erfordernis der Konnexität als hierdurch hinreichend ersetzt angesehen und nicht besonders hervorgehoben.

[4]) And. A. Sträuli S. 58, der in der Aufstellung der verschiedenen Voraussetzungen für das k. Z. „eine Präzisierung des Erfordernisses der Konnexität" erblickt.

die Ansprüche des Gläubigers können nur in Forderungen bestehen, die aus den zwischen dem Retinenten und Retentionsgegner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden sind. Fällig müssen sowohl der Anspruch des bürgerlichen als auch die Forderung des kaufmännischen Retentors sein (Ausnahme § 370 HGB.). Abgesehen davon, daß die für das k. Z. erforderliche Kaufmannseigenschaft für das jeder Person zustehende bürgerliche Retentionsrecht fortfällt, tritt für das erstere Recht eine weitere Einschränkung dadurch ein, daß die zurückbehaltenen Gegenstände bewegliche Sachen und Wertpapiere sein müssen, während der § 273 im Abs. 1 als geeignete Objekte zur Retention Leistungen jeder Art und im Abs. 2 jeden Gegenstand bezeichnet.[1]) Wir wissen ferner, daß als besondere Voraussetzung für das k. Z. gefordert wird, daß der Besitz des Gläubigers an den im Eigentum des Schuldners stehenden Gegenständen mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften erlangt sein muß. Demgegenüber wird für das bürgerliche Retentionsrecht hinsichtlich des Eigentumsverhältnisses überhaupt keine Vorschrift aufgestellt, bezüglich des Besitzerwerbes nur das für die Retention des Abs. 2 verlangte Erfordernis, daß der Gegenstand nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt worden ist.

Es bleibt schließlich kein einziger Berührungspunkt übrig, der uns das Recht geben könnte, das k. Z. als ein dem bürgerlichen Retentionsrecht ähnliches Rechtsinstitut hinzustellen; sie haben nichts anderes als nur den Namen gemeinsam.[2])

Zu einem ähnlichen Resultate gelangt man bei dem Versuch, das k. Z. mit dem Kompensationsrecht in Berührung bringen zu wollen. Die Kompensation besteht darin, daß ein Forderungsrecht durch ein anderes, welches von dem Schuldner seinerseits gegen den Gläubiger geltend gemacht wird, aufgehoben wird. Nach § 387 BGB. müssen die Erfordernisse der Gleichartigkeit

[1]) vgl. die Gegenüberstellung bei Schulze S. 24 ff.

[2]) And. M. Schlegelberger S. 192—194, welcher das k. Z. als eine Weiterbildung des bürgerlichen Retentionsrechtes bezeichnet. Er geht hierbei von dem falschen Gesichtspunkte aus, daß das Befriedigungsrecht nicht als begriffliches Element des k. Z. anzusehen sei; er meint, daß dann, wenn das Befriedigungsrecht in Wegfall komme, immer noch das Recht zur Zurückbehaltung übrigbleibe.

und Fälligkeit vorliegen. Das Entscheidende der Kompensation liegt darin, daß die gegenüberstehenden Forderungen — die eine durch die andere — getilgt werden, und zwar bekommt der Gläubiger nicht das Objekt für seine Forderung ausgehändigt, sondern er wird von seiner eigenen Schuld befreit. Es findet so für beide Parteien Tilgung ihrer gegenseitigen Forderung statt. Dagegen stehen sich im k. Z. nicht zwei Forderungen gegenüber, sondern es handelt sich nur um eine Forderung auf seiten des Retentionsberechtigten und um ihre Sicherung. Dem Gläubiger steht die Befugnis zu, sich nötigenfalls aus den retinierten Objekten bezahlt zu machen, nicht aber kommt seine Forderung, wie dies bei der Kompensation der Fall ist, dadurch zur Erledigung, daß seine eigene Schuld erlischt; von einer Schuld des Gläubigers während der Retention kann nicht gesprochen werden. Man könnte mit Schlegelberger[1]) das zuerst der Sicherung dienende k. Z. als etwas „Provisorisches", die Aufrechnung als etwas „Definitives" bezeichnen. Bezüglich der Art der Befriedigung ist darauf hinzuweisen, daß bei der Kompensation Tilgung der gegenseitigen Forderungen durch Aufrechnung der beiden Werte geschieht, indem jeder gewissermaßen mit seiner Forderung zahlt. Im k. Z. dagegen ist nur von einer einseitigen Befriedigung des Gläubigers zu sprechen, der sich im Gegensatz zu der einfachen Kompensationserklärung (§ 388 BGB.) erst nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels und im Wege des Pfandverkaufs befriedigen kann.

Schließlich gehen die beiden Rechte in dem von ihnen verfolgten Zwecke vollständig auseinander: Wenn auch beide als Endziel die Befriedigung des Gläubigers aufweisen, so ist doch der Zweck des k. Z. zuerst die Sicherung und dann nötigenfalls die Befriedigung, der der Kompensation dagegen ausschließlich die Zahlung.

Es ist auch bei der Gegenüberstellung des k. Z. mit der Kompensation kein wesentliches vergleichendes Moment zu finden, das die Ansicht rechtfertigen könnte, das k. Z. lehne sich in gewissen Punkten an die Kompensation an.

---

[1]) Schlegelberger S. 136.

Bei Besprechung der geschichtlichen Entwicklung des k. Z. haben wir schon der Tatsache Erwähnung getan, daß das gemeine Retentionsrecht für den aufblühenden Handelsverkehr des Mittelalters als durchaus ungeeignet angesehen wurde und man deshalb in der Handelswelt ein kaufmännisches Deckungsrecht zu schaffen suchte, welches dem Gläubiger eine möglichst schnelle Befriedigung aus den in seinen Händen befindlichen Mitteln des Schuldners gewährte. Einerseits war es der Begriff der Konnexität, der darum, weil er nicht bestimmt genug umgrenzt war, das Retentionsrecht des gemeinen Rechts für den eine schnelle und sichere Abwicklung der Geschäfte erfordernden Handelsverkehr als ungeeignet erscheinen ließ, andererseits war es vor allem die rein negative Wirkung desselben, d. h. das Fehlen der Veräußerungsbefugnis.

Aus diesen Gedanken heraus wurde in Anlehnung an ein in den italienischen Handelsstädten schon vorhandenes Retentionsrecht, welches die Veräußerungsbefugnis enthielt, für den Handelsstand ein Zurückbehaltungsrecht neu geschaffen, welches die Elemente in sich vereinigte, deren Mangel das gemeine Retentionsrecht für den Handelsverkehr als ungeeignet erscheinen ließ. Dieses neu für den Handelsstand geschaffene Institut ist eben das k. Z., dessen rechtliche Natur wir zu untersachen haben.

Schon mit dieser aus der geschichtlichen Entwicklung sich ergebenden Tatsache ist hinreichend dargetan, daß die Ansichten, welche eine Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Rechtsinstituten in der Weise behaupten, daß sich das k. Z. an das gemeine Retentionsrecht anlehne, verfehlt sind. Näher auf die einzelnen Unterschiede der beiden Rechte hinsichtlich ihrer Voraussetzungen, Wirkungen und ihrer Natur einzugehen, erübrigt sich, da gerade die wichtigsten Merkmale, die das gemeine Retentionsrecht vom k. Z. unterscheiden, nämlich die Konnexität und das negative Recht der Leistungsverweigerung, schon gelegentlich des Vergleichs zwischen k. Z. und dem als Fortsetzung des gemeinen Retentionsrechtes anzusehenden bürgerlichen Zurückbehaltungsrechte erörtert sind.[1])

[1]) Einen ausführlichen Vergleich bringt Langfeld S. 157ff.

Durch diese kurze vergleichende Gegenüberstellung des k. Z. mit dem gemeinen und bürgerlichen Retentionsrechte und der Aufrechnung sind wir also zu dem Resultate gelangt, daß alle die Ansichten, welche das k. Z. mit einem dieser drei Institute in Beziehung zu bringen suchen — mögen sie es als aus einem derselben hervorgegangen oder ihm ähnlich bezeichnen —, verfehlt sind. Es bleibt uns jetzt nur noch die Frage zu beantworten, wie sich das k. Z. zum Pfandrecht stellt. Sind hier so viel Berührungspunkte zwischen den beiden Rechtsinstituten festzustellen, daß den in der Wissenschaft am häufigsten wiederkehrenden Ansichten, die das k. Z. hauptsächlich wegen seiner Wirkung als ein pfandähnliches Institut bezeichnen,[1]) beizutreten ist, oder muß es seinem ganzen Charakter nach als ein von allen erwähnten Rechtsinstituten unabhängiges, für den Handelsverkehr neugeschaffenes Recht angesehen werden?[2])

Das Verhältnis des k. Z. zum Pfandrechte haben wir in unserer Abhandlung eingehend erörtert und an den betreffenden Stellen die Berührungspunkte und Verschiedenheiten schon hervorgehoben. Wenn wir kurz noch einmal die wichtigsten Momente zusammenfassen, so läßt sich als Resultat des Vergleiches feststellen:

Die hauptsächlichsten Unterschiede zeigen sich darin, daß das k. Z. persönlichen,[3]) das Pfandrecht dinglichen Charakter hat, daß der Retentionsgläubiger erst nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels seine Befriedigung suchen kann, während der Pfandgläubiger sich ohne einen solchen im Wege des privaten Pfandverkaufs befriedigen kann. Weitere Unterschiede sind die, daß dem Pfandgläubiger nach § 1207 der Schutz des guten Glaubens gewährt wird, während beim k. Z. originärer Erwerb kraft guten Glaubens ausgeschlossen ist; das k. Z. findet im Gegensatz zum Pfandrecht — ausgenommen die Bestimmung des § 369 Abs. 1 Satz 2 — nur an den im Eigentum des Schuldners stehenden Sachen statt; handelt es sich um fremdes Eigentum, so hilft dem Gläubiger der

---

[1]) Staub Anm. 1 zu § 369; Thoel S. 713; Cosack S. 132; Dernburg S. 959; ähnlich Wolff S. 256—260.

[2]) vgl. Goldschmidt S. 1031/32; ROHG. Bd. 2 S. 77—79.

[3]) vgl. unten.

gute Glaube an das Eigentum des Schuldners nichts. Der Retentionsgläubiger darf die Gegenstände nur bis zur Höhe seiner Forderung zurückbehalten, auch muß er sie im Falle der Stellung anderweitiger Sicherheit herausgeben, während dem Pfandgläubiger der gemeinrechtliche Satz: pignoris causa est indivisa zustatten kommt; ferner ist er auch zur Herausgabe der Pfandsachen erst verpflichtet, nachdem die Forderung getilgt ist.

Demgegenüber stimmen beide Rechte darin überein, daß sie denselben Zweck verfolgen: zuerst die Sicherung der Forderung und sodann die Befriedigung; Pfand- und Retentionsgläubiger können sich aus den in ihrem Besitze befindlichen Sachen des Schuldners nach den Vorschriften des Pfandverkaufs befriedigen. Weiter sind die Wirkungen des k. Z. und Pfandrechts auch insofern dieselben, als in beiden Fällen dem Gläubiger im Konkurse ein Absonderungsrecht gewährt wird. Eine weitere Übereinstimmung ist darin zu erblicken, daß sich sowohl das k. Z. als das Pfandrecht als akzessorische Rechte charakterisieren. Das Entstehen und Weiterbestehen wird bedingt durch das Vorhandensein der zu sichernden Forderung; geht die Forderung unter, erlischt damit auch das Recht.

Allerdings ist der akzessorische Charakter des k. Z. bedeutend schwächer als der des Pfandrechts. Während für das letztere derselbe unzweideutig aus dem Wortlaute der §§ 1250, 1252 BGB. sich ergibt, nach deren Vorschrift das Pfandrecht mit der Forderung übergeht und mit ihr erlischt, ist in gewissen Punkten eine Selbständigkeit und auch eine Unmöglichkeit der Übertragung des Retentionsrechtes nicht zu verkennen. Dies geht deutlich aus der Wortfassung des § 369 Abs. 1 hervor, denn, wie oben schon ausgeführt, will der Gesetzgeber mit den Worten „aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften" zum Ausdruck bringen, daß das k. Z. wegen Forderungen, die durch Abtretung erlangt sind, nicht zur Entstehung kommen kann.

Im Anschlusse hieran bietet sich Gelegenheit, zwei weitere schon erwähnte spezielle Eigenschaften des k. Z. noch einmal kurz hervorzuheben.

Das k. Z. ist nicht allein ein akzessorisches, sondern auch

ein subsidiäres[1]) Recht. Dies geht, wie wir unter dem Titel „Rechte und Pflichten der beteiligten Personen (§ 9)" schon festgestellt haben, sowohl aus dem Zwecke der Sicherungen als auch aus der Vorschrift des Abs. 4 § 369 HGB. hervor.

Das Hauptmerkmal des k. Z. aber, das für uns am wichtigsten ist, weil wir damit am besten das Verhältnis des k. Z. zu dem mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Pfandrechte klarstellen können, ist der persönliche Charakter des k. Z. Nachdem neuerdings auch Staub[2]) den bislang von ihm vertetenen Standpunkt, daß das k. Z. als ein dingliches Recht anzusehen sei, verlassen hat, stimmen sowohl Rechtsprechung[3]) als auch Wissenschaft[4]) in der Anerkennung des persönlichen Charakters des k. Z. überein. Auch die Denkschrift (S. 228) hat ausdrücklich den dinglichen Charakter verneint. Soweit aber noch Zweifel bestanden, sind diese durch die Aufnahme der Bestimmung des Abs. 2 § 369 in das neue Handelsgesetzbuch beseitigt, indem dieser Paragraph sich als Ausnahme von dem Prinzip der obligatorischen Natur charakterisiert.

Wenn sich auch im Laufe der Verhandlungen wichtige Berührungspunkte zwischen den beiden Rechtsinstituten herausgestellt haben, die in dem gemeinsamen Endzwecke der Befriedigung gipfeln, so ist doch der Unterschied, der sich darin zeigt, daß das Pfandrecht infolge seiner dinglichen Wirkung sich als ein weit schärferes[5]) Recht als das nur persönlich wirkende k. Z. kennzeichnet,

---

[1]) Goldschmidt S. 1048; v. Hahn § 15 zu Art. 313; Puchelt S. 856; Lehmann-Ring Nr. 18 zu § 369.

[2]) Staub Anm. 33, 38 zu § 369.

[3]) ROHG. Bd. 2 S. 77, Bd. 10 S. 74, Bd. 5 S. 304 Bd. 2 S. 383, Bd. 15 S. 99; RG. Bd. 8 S. 80 ff., Bd. 14 S. 150 ff.

[4]) Goldschmidt S. 1031; Cosack S. 132; Lehmann-Ring Nr. 20 zu § 369; Düringer-Hachenburg S. 567; Laband S. 485; Makower S. 1121; Gareis-Fuchsberger Nr. 272 zu Art. 313; Lehmann S. 566 Nr. 5; auch Gareis, Komm. zu § 369 Anm. 1, 3, 7 u. 18 gibt zu, daß das Gesetz das k. Z. nicht zu den dinglichen Rechten rechne, hält allerdings die Frage nicht für unziemend, ob es dogmatisch nicht richtiger wäre, es als schuldrechtliches Recht aufzufassen.

[5]) vgl. Oertmann im Bankarchiv a. a. O.

ein so tief einschneidender, daß auch den Ansichten, die das k. Z. als ein pfandähnliches Institut bezeichnen, nicht beizutreten ist.

Es finden sich von allen Rechtsinstituten, die zum Vergleiche mit dem k. Z. herangezogen worden sind, gewisse Elemente in dem letzteren vor, so vor allem vom Pfandrecht die Befugnis, Befriedigung nach den Vorschriften des Pfandverkaufes zu suchen, doch fehlen jedesmal eins oder mehrere charakteristische Merkmale der betreffenden Institute im k. Z.; so fehlt ihm, wie wir eben festgestellt haben, die dem Pfandrecht eigentümliche dingliche Wirkung desselben. Hierdurch ist von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, das k. Z. mit einem dieser Rechtsgebilde in der Weise in Verbindung zu bringen, daß man es als diesem ähnlich oder aus ihm hervorgegangen bezeichnen könnte.

Vielmehr besteht eine Beziehung zwischen dem k. Z. und den anderen zum Vergleiche herangezogenen Rechtsinstituten lediglich in der Weise, daß alle die Elemente derselben für die Schaffung des k. Z. Verwendung fanden, die mit Rücksicht auf den eine prompte und sichere Abwicklung der Geschäfte erfordernden Handelsverkehr geeignet erschienen.

Nicht anders verhält es sich auch mit dem Pfandrechte im Vergleiche zum k. Z. Wenn auch die große Anzahl von Berührungspunkten den Gedanken sehr nahelegen, daß das k. Z. als ein pfandähnliches Institut anzusehen sei, so handelt es sich trotzdem um nichts anderes, als daß das Pfandrecht als besonders geeignet angesehen wurde, aus ihm die für die Neubildung eines k. Z. günstigen Elemente zu entnehmen. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der geschichtlichen Entwicklung des k. Z., die wir eingangs eingehend besprochen haben.

Wir haben in dem k. Z. ein eigentümliches Rechtsinstitut vor uns, das sich wohl an andere Rechtsgebilde, so besonders an das Pfandrecht stark anlehnt, trotzdem aber den bestehenden Rechtsinstituten, so dem Pfandrechte, der Kompensation, dem bürgerlichen und gemeinen Retentionsrechte, als eine ausschließlich für den Handelsstand geschaffene Rechtseinrichtung selbständig gegenübertritt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.